ISBN of reproduction: 978-1-77096-009-1

LA BIBLIOTHÈQUE

DU

CODE CIVIL

DE LA

PROVINCE DE QUEBEC

(CI-DEVANT BAS-CANADA)

OU RECUEIL

COMPRENANT ENTRE AUTRES MATIÈRES:

1. Le Texte du Code en Français et en Anglais.
2. Les rapports officiels de MM. les Commissaires chargés de la codification.
3. La citation au long des autorités auxquelles réfèrent ces Messieurs, à l'appui des diverses parties du Code Civil, ainsi que d'un grand nombre d'autres autorités.
4. Des tables de concordance entre le Code Civil du Bas-Canada et ceux de la France et de la Louisiane.

PAR

CHS C. de LORIMIER, C. R., L. L. D.

Professeur à l'Université Laval à Montréal

VOL. XIV

MONTRÉAL:

CADIEUX & DEROME

LIBRAIRES-ÉDITEURS

1885.

LA
BIBLIOTHÈQUE DU CODE CIVIL
DE LA
PROVINCE DE QUÉBEC
(CI-DEVANT BAS-CANADA.)

CODE CIVIL DU BAS-CANADA
CIVIL CODE OF LOWER CANADA.

[ARTICLE 1715.]

SECTION II.

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE ENVERS LES TIERS.

1715. Le mandataire agissant au nom du mandant et dans les limites de son mandat n'est pas responsable personnellement envers les tiers avec qui il contracte, excepté dans le cas du facteur ci-après spécifié en l'article 1738, et dans le cas de contrats faits par le maître pour l'usage de son bâtiment.

SECTION II.

OF THE OBLIGATIONS OF THE MANDATARY TOWARDS THIRD PERSONS.

1715. The mandatary acting in the name of the mandator and within the bounds of the mandate is not personally liable to third persons with whom he contracts, except in the case of factors hereinafter specified in article 1738, and in the cases of contracts made by the master of a ship for her use.

[ARTICLE 1715.]

* *C. N.* 1997. } Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il a contracté en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà s'il n'y est personnellement soumis.

Voy. *C. C. B. C.*, arts. 1737, 1738.

* *ff. De inst. act., Liv.* 14, *Tit.* 3, *L.* 20. } Lucius Titius mensæ nummulariæ, quam exercebat, habuit libertum præpositum. Is Gaio Seio cavit in hæc verba : *Octavius Terminalis, rem agens Octavii Felicis, Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridiè kalendas Maias.* Quæsitum est, Lucio Titio defuncto sine herede, bonis ejus venditis, an ex epistola jure conveniri Terminalis possit ? Respondit, nec jure his verbis obligatum, nec æquitatem conveniendi eum superesse : cùm id institoris officio, ad fidem mensæ præstandam, scripsisset. (SCOEVOLA).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Lucius-Titius faisoit la banque, et avoit pour commis un affranchi (nommé Octavius-Terminalis). Cet affranchi a fait un billet à Gaïus-Séius, conçu en ces termes : " Octavius-Terminalis, commis d'Octavius-Félix à Domitius-Félix, salut. Vous êtes employé dans la banque de mon patron pour mille deniers, laquelle somme je vous paierai la veille des calendes de Mai ". On a demandé si Lucius-Titius étant mort sans héritier, et ses biens ayant été vendus, l'affranchi Octavis-Terminalis pouvoit être régulièrement actionné ? J'ai répondu qu'à la rigueur, il n'est point obligé par les termes de ce billet ; que l'équité même ne favoriseroit pas ceux qui voudroient agir contre lui, puisqu'il ne l'avoit écrit qu'en qualité de commis, pour certifier la fidélité de la banque. (SCÉVOLA).

* 1 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 1, *Tit.* 16, *sec.* 3, *n*o 8. } Les préposés qui ne traitent qu'en cette qualité ne sont pas tenus en leurs noms des engagemens où ils entrent pour le fait de leurs commissions, et au nom des maîtres.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Mandat*, *n*o 87 *et s.* } SEC. II.—DES OBLIGATIONS QUE LE MANDANT CONTRACTE ENVERS LES TIERS AVEC LESQUELS SON MANDATAIRE CONTRACTE, EN EXÉCUTION DU MANDAT.

87. Lorsque le mandataire, en exécution du mandat, et en se renfermant dans les bornes du mandat, a fait quelques contrats avec des tiers ; s'il n'est intervenu dans ces contrats qu'en qualité de *mandataire* ou de *procureur*, ou de *fondé de procuration* d'un tel son mandant, c'est, en ce cas, le mandant qui est censé contracter par son ministère, et qui s'oblige envers les personnes avec lesquelles son mandataire a contracté en cette qualité. Le mandataire, en ce cas, ne contracte aucune obligation envers les personnes avec lesquelles il contracte en cette qualité, parce que ce n'est pas lui qui est censé contracter ; il ne fait qu'interposer son ministère, par lequel le mandant est censé contracter.

88. Quoique ce soit pour l'affaire qui fait l'objet du mandat, et en se renfermant dans les bornes du mandat, que le mandataire a fait quelques contrats avec des tiers ; lorsque c'est en son propre nom qu'il a contracté, et non pas en sa seule qualité de *mandataire d'un tel*, *procureur* ou *fondé de procuration d'un tel*, c'est, en ce cas, le mandataire qui s'oblige envers ceux avec lesquels il a contracté ; c'est lui qui se rend leur débiteur principal. Mais il oblige conjointement avec lui son mandant, pour l'affaire duquel il paraît que le contrat se fait : le mandant, en ce cas, est censé accéder à toutes les obligations que le mandataire contracte pour son affaire ; et de cette obligation accessoire du mandant, naît une obligation qu'on appelle *utilis institoria*, qu'ont contre le mandant ceux avec lesquels le mandataire a contracté pour l'affaire du mandant :

Si quis pecuniæ fænerandæ, agro colendo, condendis vendendisque frugibus præpositus est; ex eo nomine quod cum illo contractum est, in solidum fundi dominus obligabitur; Paul, sent. II, 8, 2.

89. Observez que, pour que le mandataire oblige le mandant envers celui avec qui il contracte, il suffit que le contrat qu'il a fait avec lui paraisse renfermé dans la procuration qu'il lui a fait apparoir, quoique ce mandataire, par des raisons inconnues à celui avec qui il a contracté, ait, en contractant, excédé les bornes de son pouvoir, comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*, n° 79.

C'est pourquoi si mon mandataire, à qui j'ai donné procuration d'emprunter pour moi 300 livres, après avoir, en vertu de cette procuration, emprunté cette somme d'un premier prêteur, emprunte en mon nom pareille somme d'un second prêteur en vertu de ma procuration qu'il lui exhibe, il m'oblige envers ce second prêteur, qui ne savait pas qu'il eût déjà emprunté cette somme d'un premier prêteur, et qu'il excédait son pouvoir en faisant le second emprunt.

Voy sur cette obligation notre *Traité des Obligations*, part. 2, chap. 6, sect. 8, art. 2.

SECT. III.—QUAND LE MANDATAIRE EST-IL CENSÉ S'ÊTRE RENFERMÉ DANS LES BORNES DU MANDAT, ET QUAND PARAIT-IL EN ÊTRE SORTI ?

90. L'obligation que le mandant contracte par le contrat de mandat envers le mandataire, étant, suivant la définition que nous en avons donnée *suprà*, n° 67, l'obligation de l'indemniser de *la gestion du mandat*, il s'ensuit que, pour que le mandant contracte cette obligation, il faut que le mandataire se soit exactement renfermé dans les bornes du mandat; car, s'il s'en est écarté, sa gestion n'est plus la gestion du mandat, ni par conséquent celle pour laquelle le mandant s'est obligé de l'indemniser. C'est ce qui a fait dire à Paul : *Diligenter fines mandati custodiendi sunt ; nam qui excessit, aliud quid facere videtur;* L. 5, ff. *Mand.*

Ce n'est pareillement que dans le cas auquel le mandataire se renferme dans les bornes du mandat, que le mandant peut être censé contracter par le ministère du mandataire, avec ceux avec lesquels le mandataire contracte, et qu'il s'oblige envers eux Si le mandataire est sorti des bornes du mandat, le mandant peut désapprouver les contrats, quoique faits en son nom, et les laisser pour le compte du mandataire.

Il est donc nécessaire de savoir quand le mandataire doit paraître s'être renfermé dans les bornes du mandat, et quand il doit paraître en être sorti.

On peut dire en général que le mandataire est censé s'être renfermé dans les bornes du mandat, lorsqu'il a fait précisément la même affaire dont il a été chargé par le mandant, aux conditions prescrites par le mandat, et à plus forte raison, lorsqu'il l'a faite à de meilleures conditions.

Pour développer davantage ce principe, on peut distinguer huit cas.

PREMIER CAS. — *Lorsque le mandataire a fait précisément la même affaire portée par le mandat, sans que le mandant lui eût prescrit aucune condition dont il se serait écarté.*

91. Il est évident que, dans ce premier cas, le mandataire n'est point sorti des bornes du mandat, et qu'il s'y est renfermé.

On peut rapporter pour exemple le cas auquel le mandant aurait chargé le mandataire de lui acheter un certain héritage, sans lui limiter le prix. Le mandataire en ce cas, en achetant cet héritage pour le compte du mandant, quel que soit le prix pour lequel il l'achète, est dans les bornes du mandat, et il ne peut paraître s'en être écarté : *Si mandavi tibi ut aliquam rem mihi emeres, nec de pretio quicquam statui, tuque emisti, utrinque, actio nascitur;* L. 3, § 1, ff. *Mand.* : pourvu néanmoins que le prix pour lequel il l'a acheté, ne soit pas un prix immense, au-dessus du plus haut point du juste prix ; car la condition de ne pas excéder le juste prix, doit toujours être sous-entendue dans le mandat d'acheter.

SECOND CAS.—*Lorsque le mandataire a fait précisément la même affaire dont il a été chargé par le mandat, et à des conditions plus avantageuses que celles prescrites par le mandat.*

92. Il est encore évident que le mandataire ne peut paraître en ce cas, être sorti des bornes du mandat. Par exemple, *Si quum tibi mandassem ut Stichum decem emeres, tu eum minoris emeris*; *vel tantidem, et ut aliud quicquam servo accederet; utroque enim casu, aut non ultrà pretium, aut intrà pretium fecisti;* L. 5, § 5, ff. *Mand.*

Le mandataire oblige donc en ce cas le mandant: il ne sort point des bornes du mandat; il fait l'affaire conformément aux conditions qui lui sont prescrites par le mandant: car, dans le cas proposé pour exemple, lorsque le mandat porte d'acheter pour un certain prix, il est naturel de sous-entendre dans le mandat, *ou pour moins, s'il est possible.*

TROISIÈME CAS.—*Lorsque le mandataire a fait l'affaire dont il a été chargé, mais à des conditions plus dures que celles qui lui ont été prescrites par le mandat.*

93. Il est évident que, dans ce cas, le mandataire est sorti des bornes du mandat, en ne se conformant pas aux conditions qui lui étaient prescrites par le mandat. C'est pourquoi il est au choix du mandant, en ce cas, d'approuver ou de ne pas approuver ce qui a été fait par le mandataire; et s'il ne juge pas à propos de l'approuver, il ne contracte aucune obligation, ni envers son mandataire, ni envers ceux avec lesquels son mandataire a contracté, quoiqu'il ait contracté au nom du mandant.

Par exemple, si je vous ai chargé d'acheter pour moi une certaine chose pour une certaine somme limitée par la procuration, et que vous l'ayez achetée pour une plus grande somme, je puis vous laisser le marché pour votre compte, quoique vous l'ayez fait en mon nom, et je ne contracte aucune obligation, ni envers vous, ni envers le vendeur.

94. Au moins ne pouvez-vous pas être reçu à m'obliger de prendre le marché, en offrant de prendre pour votre compte

et de m'indemniser de ce qu'il en doit coûter de plus que si le marché eût été fait suivant les conditions de la procuration?

Les jurisconsultes romains ont été partagés sur cette question.

Le sentiment le plus équitable, et qui a prévalu, est que le mandataire doit être reçu à faire ces offres; on ne fait aucun tort au mandant: *Si ego pretium statui, tuque pluris emisti; quidam negaverunt te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses id quod excedit remittere; namque iniquum est non esse mihi cum illo actionem si nolit, illi vero si velit mecum esse: sed Proculus rectè eum usque ad pretium statutum acturum existimat: quæ Sententia sanè benegnior est*; L. 3, § fin.; L. 4, *eod tit.*

Observez que, la loi suppose en ce cas pour constant, que, lorsque mon mandataire n'a pu acheter la chose que pour un prix plus cher que celui porté par la procuration, je ne puis pas le forcer à me donner la chose pour le prix porté par ma procuration: il faut, si je veux l'avoir, que je la lui paie le prix qu'elle lui a coûté. D'où les Sabiniens concluaient, que, puisque je n'ai pas d'action contre mon mandataire pour l'obliger à me donner la chose pour le prix porté par la procuration, il n'en doit pas avoir contre moi pour m'obliger à la prendre pour ce prix.

Cet argument des Sabiniens ne vaut rien. Je ferais une injustice, si j'obligeais mon mandataire à me donner la chose pour le prix porté par la procuration, lorsqu'elle lui coûte plus cher: au contraire, mon mandataire ne se fait aucun tort, en m'obligeant de prendre la chose pour le prix porté par la procuration, et en se chargeant lui-même, en pure perte pour lui, de ce qu'il l'a achetée de plus (1).

(1) Pothier traite un peu lestement cet argument des Sabiniens: il est bien évident que, d'après l'avis de Proculus, le mandant se trouve à la discrétion du mandataire, celui-ci pouvant dire au mandant, lorsque l'opération est avantageuse: Je n'ai pu accomplir votre mandat, *rem aliam feci*, c'est pour moi-même que j'ai contracté... et je conserve le

Suivant le même principe, lorsque j'ai donné procuration à mon mandataire de me vendre une chose pour la somme de 100 livres, et que n'en ayant pu trouver que 98 livres, il a cru faire pour le mieux en la vendant 98 livres; si je ne veux par tenir le marché, mon mandataire, pour éviter l'action de garantie qu'aurait l'acheteur contre lui, peut, en m'offrant de suppléer les quarante sous qui manquent au prix porté par ma procuration, m'obliger à tenir le marché.

Paul apporte un autre exemple: *Si mandavero tibi ut pro me in diem fidejubeas, tuque purè fidejusseris et solveris, utiliùs respondebitur, interim non esse tibi mandati actionem, sed quum dies venerit;* L. 22, ff. *eod. tit.*

QUATRIÈME CAS.—*Lorsque le mandataire a fait une partie de ce qui est porté par le mandat.*

95. Le mandataire en ce cas n'est point sorti des bornes du mandat: il l'a exécuté pour une partie, et il oblige pour cette partie le mandant.

Par exemple : *Rogatus ut fidejuberet, si in minorem summam se obligavit, rectè tenetur ei* (*mandator contrariâ actione mandati usque ad eam summam*) *;* L. 33, ff. *Mand.*

Néanmoins, s'il paraissait par la nature de l'affaire, que l'intention du mandant était qu'elle ne dût se faire que pour le total, le mandataire qui l'aurait faite pour partie, ne serait censé avoir exécuté en rien le mandat, et le mandant ne serait obligé en rien.

Par exemple, si je vous ai donné procuration pour m'acheter un certain héritage, et que vous ne m'en ayez acheté qu'une partie, vous n'êtes pas censé avoir exécuté pour partie mon

bénéfice. Au contraire, si ce même mandataire équivoque s'aperçoit qu'il a fait une mauvaise affaire, il pourra, en supportant un léger sacrifice, rejeter la presque totalité de la perte sur le mandant : en deux mots, il va dépendre de l'une des parties de se rendre maîtresse du contrat, d'être mandataire ou non à son gré, et cela après le fait accompli. Ce résultat ne nous paraît pas très équitable, et nous trouvons que les Sabiniens avaient raison de dire : *Namque iniquum est non esse mihi cum illo actionem si nolit, ille vero si velit mecum esse* (BUGNET).

mandat ; vous en avez excédé les bornes, et je puis désavouer l'achat que vous avez fait en mon nom d'une partie de cet héritage : car celui qui veut acheter un héritage, ne veut pas en acheter seulement une partie; et l'achat que je vous ai donné ordre de faire pour moi, était l'achat du total de l'héritage, et non l'achat d'une partie.

Cela souffre exception dans le cas auquel l'héritage que le mandant a donné ordre d'acheter, était, lors du mandat exposé en vente par parties, par les différents propriétaires de cet héritage, qui proposaient séparément à vendre les parts qu'ils y avaient. Le mandant, en ce cas, en donnant ordre à son mandataire de lui acheter cet héritage, qui était à vendre par parties, est censé lui avoir donné ordre de l'acheter par parties ; à moins qu'il n'y ait dans ce cas une clause expresse dans le mandat, "que le mandant n'entend acheter l'héritage que pour le total."

C'est ce que décide Javolenus : *Si fundum qui per partes vænit emendum tibi mandassem; sed ita* (par une clause expresse) *ut non aliter mandato tenear quàm si totum fundum emeres... evenit ut is cui tale mandatum datum est, periculo suo interim partes emat, et nisi totum emat, ingratus eas retineat... Quod si mandassem tibi ut fundum* (*hunc qui per partes vænit*) *mihi emeres, non addito eo ut non aliter mandato tenear quàm si totum emeres; et tu partem, vel quasdam partes ejus emeris, tunc habebimus sine dubio invicem mandati actionem, quamvis aliquas partes emere non potuisses;* L. 36, § 2 et 3, ff *Mand.*

CINQUIÈME CAS. — *Lorsque le mandataire a fait ce dont il était chargé par le mandat, et quelque chose de plus.*

96. Le mandataire, en ce cas, est censé avoir exécuté le mandat, et il oblige le mandant jusqu'à concurrence de ce qui est porté par le mandat. Il n'est censé avoir excédé les bornes du mandat que pour ce qu'il a fait de plus ; et ce n'est que pour ce qu'il a fait de plus, qu'il n'oblige pas le mandant. C'est ce qui paraîtrait par cet exemple : *Julianus putat eum cui majorem summam quam rogatus erat, fidejussis-*

set, hàctenùs mandati actionem habere, quatenùs rogatus esse ; quia id fecisset quod mandatum ei est ; *nam usque ad eam summam in quam rogatus erat, fidem ejus spectasse qui rogavit ;* L. 33, ff. *eod. tit.*

SIXIÈME CAS. — *Lorsque le mandataire a fait une autre affaire que celle portée par le mandat.*

97. Il est évident que le mandataire est, en ce cas, sorti des bornes du mnadat, et qu'il n'oblige pas le mandant, si le mandant ne juge pas à propos de ratifier ce qui a été fait, quoique en son nom.

Cela a lieu quand même l'affaire que le mandataire aurait faite pour l'autre, serait beaucoup plus avantageuse au mandant que celle portée par le mandat.

Par exemple, si je vous ai donné ordre de m'acheter la maison de Pierre pour un certain prix, et que vous m'en ayez acheté une autre, quoique plus belle, au même prix, ou à meilleur marché, je ne suis pas obligé de ratifier ce marché, parce que vous avez fait autre chose que ce qui était porté par mon mandat : *Si mandavero tibi ut domum Seianam centum emeres, tuque Titianam emeris longè majoris pretii, centum tamen, aut etiam minoris, non videris implesse mandatum ;* L. 5, § 2.

98. Lorsqu'une affaire peut se faire également de deux ou plusieurs manières différentes, le mandataire n'est pas censé être sorti des bornes du mandat, et avoir fait autre chose que ce dont il était chargé, quoiqu'il ait fait cette affaire d'une manière différente de celle portée par le mandat, mais également avantageuse au mandant.

C'est ce qu'enseigne Paul : *Commodissimè illa forma in mandatis servanda est, ut quoties certum mandatum sit* (c'est-à-dire, toutes les fois que l'objet du mandat est une affaire qui ne peut se faire que d'une certaine manière), *recedi à formâ non debeat : at quoties incertum vel plurium* CAUSARUM (c'est-à-dire, une affaire qui peut se faire de plusieurs manières) *tunc licèt aliis præstationibus exsoluta sit causa mandati, quàm quæ ipso*

mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, erit mandati actio ; L. 46, ff. *eod. tit.*

On peut apporter pour exemple le cas auquel je vous aurais chargé de payer à mon créancier une certaine somme que je lui devais. L'affaire qui fait l'objet de ce mandat, est l'acquittement de ma dette. Quoique vous n'ayez pas fait un paiement réel de ma dette, qui était la manière de l'acquittement de ma dette. Quoique vous n'ayez pas fait un paiement réel de ma dette, qui était la manière de l'acquitter portée par le mandat; néanmoins si vous l'avez acquittée d'une autre manière, en me faisant décharger de cette dette par mon créancier, qui vous a accepté pour son débiteur en ma place, vous aurez rempli mon mandat, quoique d'une manière différente que celle exprimée par mon mandat, et vous n'avez pas moins action contre moi pour vous indemniser, que si vous aviez fait un paiement réel de ma dette ; car il m'est indifférent que je sois déchargé de ma dette de cette manière, ou par un paiement réel que vous auriez fait : *Si mandavero tibi ut creditori meo solvas, tuque expromiseris, et ex eâ causâ damnatus sis ; humanius est et in hoc casu mandati actionem tibi competere ;* L. 45, § 4, ff. *Mand.*

SEPTIÈME CAS. — *Lorsque le mandataire a fait non par lui-même, mais par une personne qu'il s'est substituée, l'affaire dont il était chargé, quoiqu'il n'eût pas le pouvoir de substituer un autre pour la faire.*

99. Il est évident que le mandataire, en ce cas, a excédé les bornes du mandat ; et que ce qui a été fait n'oblige pas le mandant, s'il ne juge pas à propos de le ratifier.

La seule question qui peut faire difficulté est de savoir si, lorsque la procuration ne permet expressément ni ne défend expressément au mandataire de substituer une autre personne pour faire à sa place l'affaire dont il est chargé, ce pouvoir doit être présumé lui être accordé par la procuration.

La décision de la question me paraît dépendre de la nature

de l'affaire qui fait l'objet du mandat. Si l'affaire est de nature que sa gestion demande une certaine prudence, une certaine habileté, on ne doit pas présumer que le mandant, qui en a confié la gestion au mandataire par la confiance qu'il avait en sa prudence et en son habileté, ait voulu lui permettre de substituer un autre pour la faire.

Par exemple, si j'ai donné procuration à un avocat pour transiger avec une partie avec qui je suis en procès, à telles conditions qu'il jugera à propos, on ne doit pas présumer que j'aie voulu lui permettre de substituer une autre personne pour faire cette transaction. Mais si l'affaire qui fait l'objet du mandat ne requiert aucune habileté pour la faire, et qu'il soit indifférent au mandant, par qui elle soit faite ; le mandant doit, en ce cas, être présumé avoir laissé à son mandataire le pouvoir de substituer un autre pour la faire.

Par exemple, si vous m'avez chargé de vous acheter à Paris un certain livre dont le prix est réglé ; quoique n'ayant pas eu le loisir d'aller chez le libraire, je vous l'aie fait acheter par un autre, vous ne pouvez pas désapprouver l'emplette, sur le prétexte que je n'ai pas exécuté par moi-même votre mandat ; car, vous ayant été indifférent par qui ce livre fût acheté, vous êtes présumé m'avoir permis de substituer qui je voudrais pour exécuter votre mandat.

HUITIÈME CAS.—*Lorsqu'un mandataire a fait seul ce qu'il était chargé de faire conjointement avec un autre, ou par le conseil d'un autre.*

Il est évident qu'en ce cas le mandataire a excédé son pouvoir, et que ce qu'il a fait n'oblige pas le mandant.

La seule chose qui peut faire question, est de savoir si, lorsque quelqu'un a donné procuration à deux personnes, il doit être présumé avoir voulu que la gestion de l'affaire ne pût se faire que par les deux conjointement, ou avoir voulu qu'elle pût se faire par l'une ou par l'autre, lorsqu'il ne s'en est pas expliqué ?

Je crois que cela doit se décider par les circonstances,

par la nature et par l'importance des affaires qui font l'objet de la procuration.

Lorsque l'affaire qui fait l'objet de la procuration est une affaire importante dont la gestion demande beaucoup de prudence et de réflexion, il y a lieu de présumer, en ce cas, que la volonté du mandant a été qu'elle fût gérée par les deux mandataires conjointement. Hors ce cas, je pense qu'on doit facilement présumer que le mandant a voulu que chacun de ses mandataires pût sans l'autre faire les affaires portées par la procuration, à l'égard desquelles il aurait prévenu l'autre.

Lorsque la procuration prescrit au mandataire de prendre le conseil d'une certaine personne, il excède son pouvoir s'il ne le prend pas. Si la personne qui a été nommée pour conseil venait à mourir, le mandataire devrait surseoir à la gestion de l'affaire jusqu'à ce que le mandant lui eût nommé un autre conseil, ou lui eût déclaré qu'il le dispensait de s'assister de conseil.

Observation générale. — Dans tous les cas auxquels nous avons dit qu'un mandataire excédait les bornes du mandat, si ce qu'il a fait outre, ou même contre la teneur de ce qui est porté par la procuration, a été fait au vu et su du mandant, qui l'a souffert, ce qu'il a fait doit être jugé valable, et doit obliger le mandant, tant envers le mandataire, qu'envers les tiers avec lesquels le mandataire à contracté au nom du mandant qui l'a souffert. On doit en ce cas présumer une extension ou réformation tacite de la procuration ; de même qu'on présume un mandat tacite, lorsque quelqu'un, sans qu'il y ait aucun acte de procuration, a fait à mon vu et su, en mon nom quelque affaire, et que je l'ai souffert, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 29 (1).

(1) Aussi l'art. 1998, 2e alinéa admet-il dans ce cas une ratification, même tacite (BUGNET).

* *Troplong, Mandat, sur art. 1997 C. N., n° 510 et s.* } 510. Le mandataire est un intermédiaire ; il est *nudus minister ;* les actes qu'il a faits avec les tiers en cette qualité ne réfléchissent pas sur lui ; il n'en est pas garant à l'égard de ces tiers. Lors même que le mandataire a excédé les fins de la procuration, s'il est prouvé que les tiers ont eu une suffisante connaissance des termes du mandat, ils ne doivent s'en prendre qu'à eux-mêmes d'avoir été plus loin qu'il ne fallait, et le mandataire n'est pas tenu envers eux.

Tel est le résumé de l'art. 1997 ; il règle les rapports du mandataire avec les tiers. L'importance en est considérable. Reprenons les choses de plus haut.

511. Chez les Romains, le mandataire ne jouait pas, dans l'origine, le rôle de pur intermédiaire auquel le réduit, en général, notre contrat de mandat. Le mandataire contractait en son nom propre ; il s'engageait personnellement envers les tiers, et les tiers n'avaient aucune action contre le mandant qui n'était pas censé avoir été partie au contrat. Nous avons expliqué ci-dessus l'origine de cet usage. D'une part, l'antique formalisme romain n'admettait pas qu'on pût faire par autrui ces traités et ces actes de la vie civile dans lesquels on engageait personnellement sa parole et sa foi ; d'un autre côté, lorsque la force des choses eut contraint à admettre la représentation d'une personne par une autre, on rencontra le principe non moins formaliste que chacun contracte pour soi, et il fallut soumettre le mandataire à un rôle personnel, tandis que le mandant, qui n'avait pas été partie présente au contrat, y demeurait étranger.

Seulement, entre le mandant et le mandataire il y avait un lien de droit produit par le mandat, et qui obligeait le second à rendre compte au premier et le premier à indemniser et garantir le second, *suscipere obligationem, transferre judicium in se.* Le mandant pouvait même obliger le mandataire à lui céder ses actions contre les tiers.

Ces circuits d'action rapprochaient les parties de la vérité ;

mais ce n'était pas la vérité même, simple, droite, comme elle doit être dans un système de jurisprudence équitable.

512. Bientôt on commença à y toucher par un point.

Les Romains étaient dans l'usage de mettre à la tête des établissements commerciaux qu'ils exploitaient un esclave, un fils de famille, même une personne libre, chargés de les faire valoir. Ces individus préposés aux affaires d'autrui, et ordinairement connus pour les gérer à titre de représentants, étaient appelés *institeurs*. Le prêteur, dans le but de favoriser le commerce, établit que, puisque leur gestion profitait au maître, celui-ci serait obligé par leurs contrats, qu'il les ratifierait, qu'il en prendrait sur lui la responsabilité. Voilà donc le préposant se montrant aux yeux du public à travers l'acte de son représentant, et exposé aux coups des tiers, quoiqu'il n'eût pas été matériellement présent au contrat.

Le même droit régnait dans le cas de préposition pour l'exercice d'un navire. Les actes faits avec le capitaine réfléchissaient sur l'armateur, et rendaient celui-ci obligé des tiers qui avaient contracté avec son représentant. C'était encore là une innovation du prêteur, et la rigidité du pur droit civil pouvait s'en étonner.

513. Il y a plus : en principe, le préposant ne pouvait actionner les tiers pour les contrats que ceux-ci avaient faits avec son préposé. Les tiers, n'ayant pas traité avec lui, ne pouvaient être inquiétés par ses actions ; car, en ceci, le prêteur n'avait pas formellement osé s'écarter du principe qu'on ne contracte que pour soi. S'il avait donné aux tiers une action contre le préposant, c'est parce que le fait de sa préposition était, en quelque sorte, un principe d'obligation envers le public. Mais une raison pareille n'existait pas pour attribuer au préposant une action contre les tiers. Le préposant pouvait d'ailleurs se faire céder par son préposé, en vertu de l'action *mandati*, ses actions contre les tiers. Rien donc n'obligeait le prêteur à s'écarter dans cette hypothèse de la rigueur civile des principes.

Cependant les jurisconsultes avaient entrevu plusieurs cas

où cette cession d'actions pouvait n'avoir pas lieu par une cause ou par une autre ; plusieurs cas, par conséquent, où le maître était exposé à se trouver en perte. L'équité les avait portés, en conséquence, à décider que lorsque le préposant y était containt par quelque grande raison de conservation et de salut de son patrimoine, il pût intenter l'action directe contre les tiers.

514. Du reste, quand le préposé était une personne en puissance du préposant, il n'y avait pas à entrer dans toutes ces distinctions et dans tous ces scrupules ; l'acte de celui qui était en puissance réfléchissait activement et passivement sur le préposant. L'incapacité de ceux qui étaient en puissance d'autrui avait nécessairement conduit du premier coup à ce résultat.

515. Toutes ces innovations étaient dictées par la raison ; elles étaient une concession faite au mouvement des affaires et aux nécessités du commerce.

Mais pourquoi les tenir captives dans les seuls cas d'exercice d'un navire ou d'une boutique. Pourquoi ne pas les étendre à tous les mandats quelconques ? Les raisons n'étaient-elles pas les mêmes ? On finit par le sentir, et Papinien décida que rien n'empêchait de donner, soit contre le mandant ordinaire, soit au profit de ce même mandant, une action utile, à l'exemple de l'action institoire. Sur tous ces points que je résume rapidement pour en montrer la liaison historique, on peut consulter Doneau, Gomès et Pacius.

Ainsi, en définitive, le droit romain, parvenu à l'époque de ses progrès, avait secoué le joug de la représentation matérielle ; il avait organisé un état de choses à peu près semblable à celui qui domine aujourd'hui chez nous.

516. Dans le droit moderne, ces idées se sont élargies ; elles se sont fixées et systématisées.

Quand le mandataire donne connaissance de sa procuration, et agit au nom d'un mandant désigné, la personne de ce mandataire disparaît en quelque sorte à l'égard des tiers. Le droit moderne le tient pour un instrument passif (*nudum*

organum, *nudus minister*, comme disent les docteurs), qui ne contracte envers eux aucun engagement personnel, et qui, image de son mandant, renvoie à ce dernier tout ce que le mandat entraîne de droits, d'obligations, d'actions: *qui mandat ipse fecisse videtur.* Le mandataire n'a de comptes à régler qu'avec son mandant. Quant aux tiers, il leur est *penitùs extraneus.* Ceux-ci ont su, par le seul énoncé de la qualité de mandataire, que toute l'affaire réfléchissait sur le mandant, et que c'est avec lui seul qu'ils traitaient en réalité.

517. Seulement, comme le mandataire ne représente le mandant que dans la mesure de la procuration, la prudence veut que les tiers se fassent représenter cette procuration pour en connaître les termes et la limite. Ils s'exposeraient à de fâcheuses déceptions s'ils ajoutaient foi, avec une confiance trop facile et voisine de la crédulité, à l'existence d'un mandat supposé peut-être, ou perverti par le mandataire infidèle. Ils pourraient voir le mandant désavouer ce qui a été fait, et exercer contre eux des actions révocatoires. Ce n'est pas qu'il n'y ait quelques cas où cette précaution est inutile. Avec un procureur général bien connu pour tel, et lorsqu'il ne s'agit que de quelques actes d'administration rapides, on n'a pas toujours le temps de requérir l'exhibition de ses pouvoirs, et la prudence n'en fait pas une loi. Mais, en général, il en est autrement. On doit s'assurer de la qualité de celui avec lequel on traite.

518. On a même demandé si les tiers ne seraient pas fondés à exiger du mandataire qui est porteur de la procuration la preuve de l'identité de sa personne. Mais Scaccia décide très-bien que cette prétention serait insolite et inouïe. La possession de la procuration suffit au mandataire pour se faire accepter comme personne légitime.

519. Cette règle, qui fait du mandataire un *nudus minister*, n'a lieu que lorsque le mandataire a révélé sa qualité et déclaré agir au nom du mandant. Que si, au lieu de se faire connaître aux tiers comme mandataire, il contracte, il agit en son propre nom, alors naît un autre ordre de rapports.

Le mandataire entre dans l'obligation, il est personnellement lié envers les tiers auxquels il a offert son nom, son crédit, sa responsabilité; il est pour eux l'obligé direct, le véritable obligé. Ce n'est pas qu'il cesse pour cela d'être mandataire, ainsi que Locré l'a dit fort inconsidérément. Entre son mandant et lui, il n'a pas d'autre rôle que celui qu'il tient de la procuration : *Respectu ad mandantem retinet semper figuram mandatarii.* Les actions *mandati directa et contraria* produisent tous leurs effets. Mais, à l'égard des tiers, le mandant s'efface ; le mandataire est seul connu.

520. Ces mandataires agissant en leur propre nom sont fréquents, très-fréquents, surtout dans le commerce. On vient de voir qu'en droit romain c'était une pratique dominante. Elle a lieu aussi dans les usages modernes de notre droit civil, et elle y donne un solennel démenti à la définition du mandat si incomplétement formulée par l'art. 1984. Le contrat de command en présente la preuve. Dans le droit commercial, elle est un moyen d'opérer qui a de très-grands avantages et une autorité journalière ; tellement que l'article 91 du code de commerce la consacre en termes exprès, et semble même la considérer comme de droit dans la commission.

On conçoit, en effet, qu'il y a une foule de combinaisons de nature à exiger que le mandant reste caché pour les tiers. Dans le commerce, il y en a des exemples quotidiens, et ces exemples sont le résultat d'un intérêt puissant. Le commettant a très-souvent un grand avantage à ce qu'on ne sache pas sur telle place qu'il se livre à telle ou telle opération. Spéculateur habile et prévoyant, il peut lui importer de ne pas provoquer les imitateurs et les concurrents que sa réputation d'homme heureux, intelligent, capable, ne manquerait pas de mettre en éveil. En temps de guerre, aussi, le secret est quelquefois non-seulement un acte de prudence, mais encore de nécessité. Dans tous les cas, il peut être utile aux tiers qui traitent sur une place de commerce de n'avoir affaire qu'à un commissionnaire qu'ils connaissent et qui leur offre

des garanties, plutôt qu'à un étranger dont il ne leur est pas facile de discuter la solvabilité. Il faut rendre grâce à l'ingénieuse fécondité de la jurisprudence qui a des expédients pour toutes les situations.

521. A prendre à la lettre les articles 91 et 92 du code de commerce, il semblerait à un esprit superficiel que cette situation d'un mandataire agissant en son propre nom est particulière au contrat de commission, tandis que celle du mandataire agissant au nom du mandant est propre au droit civil. Mais il n'y aurait pas de plus grande erreur, et je suis étonné que Vincens s'y soit laissé tromper. Notre article prouve, par un argument *à contrario* invincible, que le code civil reconnaît et admet des mandataires qui ne donnent pas connaissance de leur mandat, tels que le commissionnaire de l'art. 91 du code de commerce. Et puis, lors même que le code civil serait muet sur cette position, il est évident qu'il n'y a dans le titre *du Mandat* rien qui affaiblisse la légitimité de ce mode d'action, si précieux dans l'un et l'autre droit.

---

* *Story, Agency,* § 263 *et s.* } § 263. In regard to the liability of agents to third persons, it may, then, be laid down as a general rule, subject to the exceptions hereafter stated : (1) That, when an agent executes a deed, or other instrument, in the name of his principal, he is not personally bound thereby ; (2) That when he makes an oral or verbal contract,

(1) Ante, § 261, and note; Dig. Lib. 14, tit. 3, l. 20 ; Pothier, Pand. Lib. 14, tit. 3, n. 2 ; 1 Domat, B. 1, tit. 16, § 3, art. 8 ; Pothier on Oblig. n. 74, 447, 448.

(2) Domat has laid down the doctrine in the following terms : " Factors and agents, who treat only in this quality (i. e. as agents), are not bound in their own names by the engagements which they contract on account of the business which is intrusted to them, and in the name of their masters." 1 Domat, B. 1, tit. 16, § 3, art. 8, by Strahan. See also 1 Emerig. Assur. ch. 5, § 3, pp. 137-139, who lays down the same rule as that in the text, that the agent is not personally bound, where he contr-

as agent for another, and at the same time he names his principal, he is not personally bound thereby; (1) And as a corollary from the preceding propositions, or, rather, as a generalization of them, that, when, in making a contract, no credit is given to himself, as agent, but credit is exclusively given to his principal, he is not personally liable thereon (2).

acts in the name of his principal, His language is (as we have seen), that, by the general rule, the agent (le commissionnaire), who acts in this quality, is not held in his own proper name. Ante, § 262, note. It is also a rule, that he who acts on account of a friend, or for a person to be named, is not bound personally, and acquires nothing for himself, when he names the person for whom he has acted, or whom he has pointed out This designation (nomination) has a retroactive effect to the time of the contract, which is considered as if it had been made by the person named. He admits, however, that in cases of insurance, usage has overborne the theory, and made the agent personally liable. But in such cases the agent for the insurance, although he contracts on account of another, becomes himself a party to the contract. Ibid. Our law on this very point conforms to the usage stated by Emerigon; and the like doctrine is supported by Valin and Pothier. 2 Valin, Comm. Liv. 3, tit. 6 art. 3, pp. 33, 34; Pothier, Assur. n. 96; 2 Emerig. Assur. ch. 4, § 12, pp 465, 467.

(1) 2 Valin, Comm. Liv. 3, tit. 6, art. 3, pp. 33, 34; Pothier, Assur. n. 96; 2 Emerig. Assur. ch. 4 § 12, pp. 465, 467.

(2) Goodbaylie's case, Dyer, 230 *b* Marg.; Owen *v.* Gooch, 2 Esp. 567; 3 Chitty on Com. & Manuf 211, 212; Meyer *v.* Barker, 6 Binn. 234; Johnson *v* Ogilby, 3 P. Wli 277; Dubois *v.* Delaware & Hudson Canal Co. 4 Wend. 285; 4 Kent Comm. Lect. 41, pp. 631, 632 (4th ed) In *Ex parte* Hartop, 12 Ves. 352, Lord Chancellor Erskine said: "No rule of law is better ascertained, or stands upon a stronger foundation, than this; that where an agent names his principal, the principal is responsible, not the agent. But, for the application of that rule, the agent must name his principal, as the person to be responsible. In the common case of an upholsterer, employed to furnish a house; dealing himself in only one branch of business, he applies to other persons to furnish those articles in which he does not deal. Those persons know the house is mine. That is expressly stated to them. But it does not follow, that I, though the person to have the enjoyment of the articles furnished, am responsible. Suppose another case. A person instructs an attorney to bring an

Indeed, in most cases of purchases, and sales, and contracts for labor and services, through the instrumentality of an agent, the great question is, to whom credit is given, whether to the principal alone, or to the agent alone, or to both (1).

§ 264. Let us proceed, then, to the important inquiry, in what cases an agent is personally responsible to third persons for acts done, or for contracts made with them, in the name, or on behalf of his principal. And, in the first place, it may be stated, that, wherever a party undertakes to do any act, as the agent of another, if he does not possess any authority from the principal therefor, or if he exceeds the authority delegated to him, he will be personally responsible therefor to the person, with whom he is dealing for or on account of his principal (2). There can be no doubt, that this is, and

action, who employs his own stationer, generally employed by him The client has nothing to do with the stationer, if the attorney becomes insolvent. The client pays the attorney. The stationer, therefore has no remedy against the client." Upon a similar ground, where goods were consigned to A. B. for the London Gas Co. or his assigns, he or they paying freight, and the goods were delivered to A. B., it was held, that he was not liable for the freight. Amos *v.* Temperley, 8 Mees & Wels. 798, 805. See the English Jurist, March 11, 1843, p. 75. See Post, §§ 274, 395. [But in Parker *v.* Winslow, 7 El. & Bl. 946, Lord Campbell, C. J., said that the qualification of Lord Erskine was that the agent must name his principal "as the person to be responsible." Hall *v.* Huntoon, 17 Vt. 244; Colvin *v.* Holbrook, 2 Com. App. Cas. 126.]

(1) Graham *v.* Stamper, 2 Vern. 146; Post, §§ 266-270, 279; 2 Kent, Comm. Lect. 41, pp. 632, 633 (4th ed.).

(2) Polhill *v.* Walter, 3 B. & Adolph. 114, Parrott *v.* Wells, 2 Vern. 127; Bayley on Bills, ch. 2, § 7 (5th ed.); 3 Chitty on Com & Manuf. 212; Sumner *v.* Williams, 8 Mass. 178; Bowen *v.* Morris, 2 Taunt. 385, 386; East India Co. *v* Hensley, 1 Esp. 112; Smith on Merc. Law, 79, 80 (2d ed.); 2 Kent, Comm. Lect. 41, pp. 629-632 (4th ed.); Johnson *v.* Ogilby, 3 P. Will. 278, 279; Meech *v.* Smith, 7 Wend. 315; Dusenbury *v.* Ellis, 3 John. Cas. 70; per Lord Holt, in Holt's Rep. 309. See Woodes *v.* Dennett, 9 N. H. 55; Jones *v.* Downman, 4 Adolph. & Ellis, N. S. 237, note; Downman *v.* Jones, 9 Jurist, pp. 454-458 (1845); [Palmer *v.* Stephens, 1 Denio, 471; Pitman *v.* Kintner, 5 Blackf. 250; Silliman *v.* Fredericks-

ought to be, the rule of law in the case of a fraudulent representation made by the agent, that he has due authority to act for the principal; for it is an intentional deceit. The same rule may justly apply, where the agent has no such authority, and he knows it, and he nevertheless undertakes to act for the principal, although he intends no fraud (1). But another case may be put, which may seem to admit of more doubt; and that is, where the party undertakes to act, as an agent, for the principal, *bona fide*, believing that he has due authority; but, in point of fact, he has no authority, and, therefore, he acts under an innocent mistake. In this last case, however, the agent is held by law to be equally as responsible, as he is in the two former cases, although he is guilty of no intentional fraud or moral turpitude (2). This whole doctrine proceeds upon a plain principle of justice; for every person, so acting for another, by a natural, if not by a necessary, implication, holds himself out, as having competent authority to do the act; and he thereby draws the other party into a reciprocal engagement. In short, the signature of the agent amounts to an affirmation, that he has authority to do the particular act; or, at all events, that he *bona fide* believes himself to have that authority (3). If he

burg R. Co. 27 Gratt. 119; Randell *v.* Trimen, 38 Eng. Law & Eq. 276; 18 Com. Bench, 786; Collen *v.* Wright, 8 El. & Bl. 648; Spedding *v.* Nevell, L. R. 4 C. P. 212; Godwin *v.* Francis, L. R. 5 C. P. 295.]

(1) Downman *v.* Jones, 9 Jurist, pp. 454-458 (1845).

(2) Smout *v.* Ilbery, 10 Mees. & Wels. 1, 9, 10. See Downman *v.* Jones, 9 Jurist, pp. 454-458 (1845). [See Kelner *v.* Baxter, 2 Law Reps. Com. Pleas, 174; Randell *v.* Trimen, 18 C. B. 786.]

(3) Post, § 265; Layng *v.* Stewart, 1 Watts & Serg. 222; Polhill *v.* Walter, 3 B. & Adolph. 114; Long *v.* Colburn, 11 Mass. 97; Dusenbury *v.* Ellis, 3 John. Cas. 70; Ballou *v.* Talbot, 16 Mass. 461; Meech *v.* Smith, 7 Wend. 315; Feeter *v.* Heath, 11 Wend. 477. There is no doubt of the personal liability of the agent in all cases, where he falsely affirms, that he has authority; as he does, when he signs the instrument, as agent of his principal, and knows that he has no authority. But, another question

has no such authority, and acts *bona fide*, still he does a wrong to the other party; and if that wrong produces an injury to the latter, owing to his confidence in the truth of an express or implied assertion of authority by the agent, it is perfectly just, that he who makes such an assertion, should be personally responsible for the consequences, rather than that the injury should be borne by the other party, who has been misled by it (1). Indeed, it is a plain

(as we see by the text) has been made, whether he is liable, when he supposes that he has authority, and he has none; as, for example, where he misconstrues the instrument, conferring authority on him; or, where the instrument, conferring the authority, turns out to be a forgery, and he supposed it to be genuine. In Polhill *v.* Walter, 3 B. & Adolph. 114, Lord Tenterden, in delivering the opinion of the court, seems to have thought, that the right of action was founded solely upon there being an affirmation of authority, when the party knew it to be false; and that, therefore, if the party acted under the authority of a forged instrument, supposing it to be genuine, he would not be responsible. But there is great reason to doubt this doctrine; for, if a person represents himself as having authority to do an act when he has not, and the other side has been drawn into a contract with him, and the contract becomes void for want of such authority, the damage is the same to the party who confided in such representation, whether the party making it, acted with a knowledge of its falsity or not. In short, he undertakes for the truth of his representation. No such distinction was relied on in Dusenbury *v.* Ellis, 3 John. Cas. 70; Rossiter *v.* Rossiter, 8 Wend. 494; Ballou *v.* Talbot, 16 Mass. 461; in all which cases the note was signed, or indorsed, without authority from the principal. The court there put the liability of the agent upon the general ground, that he acted without authority. The distinction of Lord Tenterden is now entirely overthrown in the recent case of Smout *v.* Ilbery, 10 Mees. & Wels. 1, 9, 10. See also the very able note of Mr. Smith, to the case of Thomson *v.* Davenport, 9 B. & Cressw. 78, in his "Leading Cases," Vol. 2, pp. 222-227; Post, § 265 *a*, note. As to what would be the effect of a subsequent ratification by the principal, and whether it would take away any right of action against the agent, see Ante, § 244, and note.

(1) Smout *v.* Ilbery, 10 Mees. & Wels, 1, 9, 10; Post, § 265 *a*. [If an agent, who is duly authorized to sign "all notes and business paper" of a corporation, gives accommodation notes in the name of the company,

principle of equity, as well as of law, that where one of two innocent persons must suffer a loss, he ought to bear it, who has been the sole means of producing it, by inducing the other to place a false confidenee in his acts, and to repose upon the truth of his statements (1).

§ 264 *a*. But although an agent who undertakes to act for a principal without authority, or exceeds his authority, is responsible to the other contracting party therefor; yet it may sometimes, under such circumstances, become a nice question, in cases of contracts made by him as agent, and in the name of his principal, in what manner the remedy is to be sought against him, whether by an action *ex directo* against him upon the contract itself, or by a special action on the case, for the wrong done thereby to the other contracting party. It seems clear, that in no case can an agent be sued on the very instrument itself, as a contracting party, unless there are apt words therein so to charge him. Thus, if a person acting as agent for another should, without authority or exceeding his authority, make and execute a deed in the name of his principal, and not in his own name; the agent would not be liable thereon, although it would not bind the principal (2). But, suppose, there are apt words in

the corporation, notwithstanding any want of authority of the agent to execute them for the purposes for which they were given, is liable on them to a holder who took them in good faith, for value before maturity; and, therefore, such holder, not being injured by the unauthorized act of the agent, cannot maintain an action against him therefor. Bird *v*. Daggett, 97 Mass. 494.—G.]

(1) Ante, § 56. [See Campbell *v*. Hillman, 15 B. Monr. 515.]

(2) Stetson *v*. Patten, 2 Greenl. 358; Post, §§ 274 *a*, 277, 278; Ante, § 49, note; Wells *v*. Evans, 20 Wend. 251; [Taylor *v*. Shelton, 30 Conn. 122. The principle upon which one making a contract in behalf of another, without authority, is to be held liable, is learnedly discussed by Selden, J., delivering the opinion of the court in White *v*. Madison, 26 N. Y. Ct Ap. 117, and concludes that his liability rests on the ground that he warrants his authority, and not that the contract is to be deemed his own; and that the damages to which the proposed agent subjects

the instrument which may charge him personally, and yet he signs the same in his own name as agent of another, the question may be presented under a different aspect. Thus

himself are measured, not by the contract, but by the injury resulting from his want of power, and include, e. g., the costs of an unsuccessful action against the alleged principal to enforce the contract. In Abbey *v.* Chase, 6 Cush. 54, where the defendant signed his name as agent to a sealed instrument, the body of the covenant being in the name of the principal " by their agent," &c. Metcalf, J., said: " It does not appear whether the defendant had authority to bind the Hadley Falls Company, by deed or otherwise. But, in the view which we take of the case, that question is immaterial. We deem it very manifest, on inspection of the instrument in suit, that it was the intention of the defendant to bind the company, and not to bind himself; and that the plaintiff must have so understood the contract. And if this had been a simple contract, executed by an authorized agent, the law would have given effect to that intention The company, and not the defendant, would have been bound. The authorities on this point are numerous and decisive. Northampton Bank *v.* Pepoon, 11 Mass. 292; Andrews *v.* Estes, 2 Fairf. 270; New England Ins. Co. *v.* DeWolff, 8 Pick. 56; Rice *v.* Gove, 22 Pick. 161; Bayley on Bills (2d Am ed.), 72, 73. But when a sealed instrument is executed by an agent or attorney, for the principal, the strict technical rule of the common law, which has never been relaxed in England or in this commonwealth, requires that it be executed in the name of the principal, in order to make it his deed Brinley *v.* Mann, 2 Cush 337. In such cases, says Story, J., ' the law looks not to the intent alone, but to the fact, whether that intent has been executed in such a manner as to possess a legal validity.' 5 Pet 350. See also Locke *v.* Alexander, 1 Hawks, 416. The plaintiff's counsel, in applying this strict rule to the instrument in suit, contends that it does not bind the Hadley Falls Company, and that, as the defendant has not bound the company, he has bound himself. But in deciding whether the defendant has or has not bound himself, we need not decide whether he has or has not bound the company. For it does not necessarily follow, that a contract, made by an authorized agent, which does not bind the principal, becomes the agent's contract, and makes him answerable if it is not performed. This depends upon the legal effect of the terms of the contract. If the agent employs such terms as legally import an undertaking by the principal only, the contract is the principal's, and he alone is bound by it. But if the terms of the contract legally import a personal undertaking of the

for example, if an agent should, without due authority, make a promissory note, saying in it, "I promise to pay," &c., and sign it "C. D. by A. B. his agent," or "A. B. agent of C. D.;" in such a case may the words as to the agency be rejected, and the agent be held personally answerable as the promisee of the note? Upon this point the authorities do not seem to be entirely agreed (1).

agent, and not of the principal, then it is the contract of the agent, and he alone is answerable for a breach of it. So, when one who has no authority to act as another's agent, assumes so to act, and makes either a deed or a simple contract, in the name of the other, he is not personally liable on the covenants in the deed, or on the promise in the simple contract, unless it contains apt words to bind him personally. Stetson *v.* Patten, 2 Greenl. 358; Ballou *v.* Talbot, 16 Mass. 461; Delius *v.* Cawthorn, 2 Dev. 90. The only remedy against him, in this commonwealth, is an action on the case for falsely assuming authority to act as agent. See also 13 Adolph. & Ellis, N. S. 744.

"These principles lead us to the conclusion that the ruling at the trial of this case was wrong, and that the defendant is not chargeable in the present action. The instrument sued on purports to be, and was intended to be, a deed *inter partes*; namely, the Hadley Falls Company and the plaintiff. The defendant, as agent of the company, signed his own name, merely adding thereto the word 'agent,' and affixed his own seal; the plaintiff signed his name and affixed his seal; and these acts were done as the acts of the parties before named. It seems to us impossible to charge the defendant, on this instrument, as on a contract made by him with the plaintiff. If any words had been inserted in the instrument, expressing the defendant's personal undertaking to fulfil the contract on behalf of the company, he would have been personally bound, although the instrument was prepared as a deed *inter partes*. Salter *v.* Kingly, Carth. 76, and Holt, 210. But no such words are found in the instrument."—R.]

(1) See Downman *v.* Jones, 4 Q. B. 235, note. In cases where a person executes an instrument in the name of another without authority, there is some diversity of judicial opinion, as to the form of action in which the agent is to be made liable for the breach of duty. In England, it has been intimated that the suit must be by a special action on the case. Polhill *v.* Walter, 3 B. & Ad. 114. The same doctrine has been asserted in Massachusetts. Long *v.* Colburn, 11 Mass. 97; Ballou *v.* Talbot, 16

Mass. 461; Jefts v. York, 4 Cush. 371, an important case on this subject; s. c. 10 Cush. 392; and in Pennsylvania, in Hopkins v. Mehaffy, 11 Serg. & R. 129. In New York it has been held, that an action may, under such circumstances, be maintained upon the instrument, as if it were executed by the agent personally. Thus, if an agent, without authority, should sign a note in the name of another, it has been held that he may be sued thereon, as if it were his own note. Dusenbury v. Ellis, 3 John. Cas. 70; Ante, § 251, note. See also White v. Skinner, 13 John. 307; Meech v. Smith, 7 Wend. 315; Cunningham v. Soules, 7 Wend. 106; Stetson v. Patten, 2 Greenl. 358; 2 Kent, Comm. Lect. 41, pp. 631, 632 (4th ed.); Chitty on Contr. 211. See also Woodes v. Dennett, 9 N. H. 55; Grafton Bank v. Flanders, 4 Id. 239; Mayhew v. Prince, 11 Mass. 54; 2 Kent, Comm. Lect. 41, pp. 631, 632 (4th ed.); Clay v. Oakley, 17 Martin, 137; Perkins v. Washington Ins. Co. 4 Cowen, 645; Feeter v. Heath, 11 Wend. 477; Harper v. Little, 2 Greenl. 14; Lazarus v. Shearer, 2 Ala. 718. However, if an agent, in purchasing goods should exceed his authority, he may be properly treated as the purchaser, since no other person would be liable. Hampton v. Speckenagle, 9 Serg. & R. 212. [In Richardson v. Williamson, L. R. 6 Q. B. 276, the plaintiffs lent £70 to a benefit building society, and received a receipt, signed by the defendants as two directors of the society, certifying that the plaintiff had deposited £70 with the society, for three months certain, to be repaid with interest after fourteen days' notice. The plaintiff withdrew £20; and, after having given to the society due notice to withdraw the rest, was unable to obtain it. The society, which was established by act of parliament, had no power to borrow money. The plaintiff in this action sought to make the defendants personally liable. The court being at liberty to draw inferences of fact, it was held, on the authority of Collen v. Wright (7 E. & B. 301; 8 E. & B. 647), that the defendants were liable for a breach of warranty; they having, by signing the receipt, impliedly warranted that they had authority to enter into a binding contract on behalf of the society. See also Cherry v. Colonial Bank of Australia, L. R. 3 P. C. 24; Weeks v. Propert, L. R. 8 C. P. 427. In Noyes v. Loring, 55 Me. 408, the defendant, a deputy collector of town taxes, directed the plaintiffs to publish an advertisement requesting tax-payers to pay their taxes to him forthwith, and charge the price of such publication to the town; and the plaintiffs followed the defendant's direction; but the town denied the defendant's authority to contract for the publication, and refused to pay for the same. In assumpsit for the price, it was held, the plaintiff could not maintain an action upon the contract; but that the remedy was an action on the case for deceit. See Mr. Holmes's note, "*Liability of Agent*

for Unauthorized Acts," 2 Kent, Comm. (12th ed.) 632. Whether the liability of one who undertakes without authority to contract as agent is in assumpsit upon an implied warranty, or in a special action upon the case, seems to be but a question of words. The action on the case originally embraced actions of assumpsit, and "assumpsit," and "case" have never become entirely separated. Either case or assumpsit will lie for a breach of warranty. Indeed, such actions were originally brought in case, and not in assumpsit. Williamson *v.* Allison, 2 East, 446. (Perhaps actual fraud was originally necessary to constitute a breach of warranty. 1 Thorpe, Anct. Laws of Eng. 181, 183.) If now brought in case, a *scienter* need not be alleged; or, if alleged, need not be proved. A special action on the case against an agent would in effect be an action on the case for the breach of an implied warranty. The difference would be but verbal; the same evidence which would support the one would support the other.—G.] [And in a recent case it was held that an agent who makes a contract not binding on his principal by reason of the fact that it was unauthorized, is liable in damages to the person dealing with him; and this liability rests upon an implied warranty of authority, and the remedy is an action for its breach; but in order to make the agent liable, the contract must be one that could be enforced against the principal if authorized. Balzen *v.* Nicolay, 53 N. Y. 467. And the same doctrine has recently been held in England in the case of Collen *v.* Wright, 8 El & Bl. 646; 7 Ibid. 301; although Cockburn, C. J., dissented in an able opinion, in which he cites with approval "Professor" Story's work on Agency, § 264. The earlier English cases held that the remedy was by a special action on the case, Lewis *v.* Nicholson, 18 Q. B. 503, and cases cited, *suprà;* but an agent is not liable on a written contract itself, made by him in the name of his principal, merely because he had no authority to make it. Jenkins *v.* Hutchinson, 13 Q. B. 744; Lewis *v.* Nicholson, *supra.* See Moor *v.* Wilson, 6 Foster, 332; Roberts *v.* Button, 14 Vt. 195; Palmer *v.* Stephens, 1 Denio, 471; Royce *v.* Allen, 28 Vt. 234; Donahoe *v* Emery, 9 Metc 63; Walker *v.* Bank of N. Y., 9 N. Y. 582; Draper *v* Mass Steam Heating Co., 5 Allen, 338; Sheffield *v.* Laduc, 16 Minn. 388; Byars *v.* Doores, 20 Mo. 284; Coffman *v.* Harrison, 24 Mo. 524; Bank of Hamburg *v.* Wray, 4 Strohh. 97; Pettingill *v.* McGregor, 12 N. H. 179. And where an agent assumes without authority to bind another by a promissory note, and his language also imports a promise by him personally, he will be bound as promisor. Weare *v.* Gove, 44 N. H. 196. See Ellis *v.* Pulsifer, 4 Allen, 165, as to the liability of an agent where he signs a sealed instrument purporting to be that of his principal, but without authority from the latter. — ED.]

[ARTICLE 1715.]

* *Paley*, (*Dunlap et Waterman*), *Pr. and Ag.*, *p.* 368-370. } 1. It now remains to be considered in what cases the agent is personally liable to those who deal with him.

In general, where a man is known to act merely as an agent, where the principal is known, and there is no express engagement by the agent, nor circumstances from which it may be inferred that the credit is given to him, the rule is, that the agent, though the person immediately making the contract, is not subject to personal responsibility. It is laid down by very old authority, that if a servant by express words, do not bind himself, if the thing come to the use of his master, he is not liable at all (1). No rule of law, it has been said, is better ascertained, or stands upon a stronger foundation than this, that where an agent names his principal, the principal is responsible, and not the agent (2). And factors or brokers, therefore, acting for their principals, under a proper authority, are not, in general, liable in their individual capacities (3). The question, indeed, is simply to whom the credit is given, whether to the principal alone, or the agent alone, or to both jointly (4); as appears by the following case. This was an action for work done. The order was proved to have been given by Gooch, the defendant. The defence was, that the work was ordered for another person named Tippel; that the work in question was done at Tippel's house, and that the plaintiff, at the time of the order, was informed that the work was on Tippel's account. The entry, also, in the plaintiff's books, was, " Tippel, by the or-

(1) *Goodhaylie's case*, Dy. 230 a.

(2) Per Lord Erskine, *Ex parte Harlop*, 12 Ves. 352.

(3) Per Lord Ch. Talbot, 3 P. Wms. 279; *Ante*, 246, 247.

(4) *Beebee* v. *Robert*, 12 Wend. 417. The rule which prevents a vendor who has given credit to an agent, from afterwards resorting to the principal for payment, does not apply to a case in which the vendor, at the time of sale, merely has the means of knowing the principal, but is confined to the cases in which he has actual knowledge. *Raymond* v. *The Proprietors of the Crown and Eagle Mills*, 2 Metc. 319.

der of Gooch." Lord Kenyon:—"The mere act of ordering the goods for another, does not make the person giving the order liable. If a man order goods, though they be in fact for another, yet if the tradesman were not informed at the time that they were so, he who ordered them is certainly liable; for the tradesman must be presumed to have looked to his credit only. So if they were ordered for another person, and the tradesman refuse to deliver them to that person's credit, but to his only who ordered them, there is then no pretext for charging such third person: or, if the goods were ordered to be delivered on account of another, and after the delivery, the person who gave the order refuses to inform the tradesman who the principal is, that he may sue him; under such circumstances he is himself liable. But wherever an order is given by one person for another, and he informs the tradesman who that person is for whose use the goods are ordered, he thereby declares himself to be merely an agent, and there is no foundation for holding him to be liable. In this case the plaintiff was informed of all the circumstances; Gooch gave the order for Tippel; the goods were sent to Tippel's house, and the entry made in his name. There is no color for making Gooch the debtor (1)."

The following case is an authority in confirmation of the same principle. Stamper had furnished lace for the king's hunt, according to the order of one Graham, master of the hunt to King James the Second, and upon the departure of the king, brought an action against Graham for the amount, in which he recovered. Graham filed a bill for relief. It appeared by the day book of Stamper that he had also an ac-

(1) *Owen* v, *Gooch*, 2 Esp. 567. A person who assumes to contract as an agent, must see to it, that his principal is legally bound by his act; for if he does not give a right of action against his principal, the law holds him personally responsible. *Randall* v. *Van Vechten*, 19 Johns. Rep. 63; *Mauri* v. *Heffernan*, 13 Johns. Rep. 58; *Skinner* v. *Dayton*, 19 Johns Rep. 558; *Mott* v. *Hicks*, 1 Cowen, 536; *Stone* v. *Wood*, 7 Cowen, 454; *Arfridson* v. *Ladd*, 12 Mass. Rep. 174; 2 Liv. Pr. and Ag. 247.

count with Graham, which was kept separate from that on account of the king; that the articles furnished for the king's use were entered without price, that it might be added in the ledger according to the prospect of payment; declarations were also proved by him that he expected payment from the privy purse. The court held that if the law should be, that he that speaks for or fetches goods for his master, without any particular promise to pay for them, is liable to pay for them, which they seemed to doubt, yet on these circumstances the plaintiff is entitled to relief (1).

1716. Le mandataire qui agit en son propre nom est responsable envers les tiers avec qui il contracte, sans préjudice aux droits de ces derniers contre le mandant.

1716. A mandatary who acts in his own name is liable to the third party with whom he contracts, without prejudice to the rights of the latter against the mandator also.

Voy. *Pothier* cité sur art. 1715.

---

* *Troplong, Mandat, sur art.* 1997 *C. N., n°* 522 *et s., et n°* 535 *et s. Contrà quant à la dernière clause.* } 522. Le mandataire agissant en son propre nom s'oblige directement, avons-nous dit.

A cette proposition viennent se joindre deux règles que je trouve constatées par les monuments les plus importants de la jurisprudence.

Savoir : que le silence gardé sur l'existence du mandat, fait 1° que le mandant n'a pas d'action contre les tiers ; 2° que les tiers n'ont pas d'action contre le mandant.

(1) *Graham* v. *Stamper*, 2 Vern. 146 ; Eq. Ca. Ab.

1° *Quando mandatarius*, dit Casaregis, *simpliciter contrahit, non expresso mandato, adeo in eo radicatur contractus, ut mandanti ampliùs contrà tertium nulla competere possit actio.* Et plus bas il ajoute ces paroles remarquables : *Respectu habito ad tertium, mandans consideratur ut persona extranea.* Ainsi, point d'action contre les tiers de la part du mandant.

2° *Tampoco*, dit le code espagnol, *adquiren accion alguna contra el comitente los que trataren con su comisionista por las obligaciones que este contrajo.* Ainsi donc, c'est le commissionnaire qui est le seul et unique obligé. S'il vend, il est censé être le vendeur véritable ; s'il achète, il est censé être l'acheteur véritabe ; s'il s'assure, il est censé être le vrai assuré. Tel est le droit commun. Il semble cependant résulter d'un considérant d'un arrêt de la cour de cassation du 8 mai 1841, relatif à un contrat d'assurance, que la concentration de tous les droits et actions dans la personne du commissionnaire *pour compte* est particulière au contrat d'assurance. C'est une erreur grave. Cette concentration est encore plus intense dans les autres contrats que dans le contrat d'assurance. Je répète, au surplus, que c'est le droit commun.

523. Sur le premier point, nous ferons remarquer tout de suite que si le mandant est sans action directe contre les tiers avec lesquels il n'a pas nommément contracté, cependant il peut obliger son mandataire à lui céder ses actions.

Ainsi, Pierre, mon commissionnaire, a une action contre Jacques pour un achat de toiles peintes qu'il a fait pour mon compte auprès de ce dernier. J'aurai le droit d'exercer cette action au nom de Pierre contre Jacques ; mais je ne le pourrai qu'en son nom, et, comme dit Casaregis, *indutus loricâ personæ et jurium commissionarii.*

524. Pour cela, il faut que ces actions existent ; car si elles avaient été éteintes par payement, compensation ou autrement, le mandant serait repoussé par une exception invincible.

525. C'est pourquoi si Pierre, commissionnaire, se trouvant

débiteur d'un tiers, de François par exemple, lui vend des marchandises consignées à lui Pierre, par Jacques, pour être vendues, François et Pierre pourront compenser le prix avec ce que Pierre doit personnellement, quoique en réalité ce prix soit dû à Jacques, propriétaire des marchandises vendues.

Vainement dira-t-on qu'il ne peut être opposé de compensation lorsque l'une des deux créances concerne une personne autre que celles entre lesquelles s'opère la compensation. Ce principe incontestable et incontesté ne pourrait être appliqué dans l'espèce qu'autant que Pierre, commissionnaire, aurait agi au nom du propriétaire des marchandises. Mais il n'en a pas été ainsi ; l'opération s'est faite en laissant à l'écart le nom de Jacques. Jacques s'est confié à Pierre ; François a également suivi la foi de cet individu, qu'il a eu juste raison de croire maître d'agir en son propre nom, et même propriétaire du prix. Une telle compensation est l'acte du monde le plus régulier.

535. Nous avons dit que le mandant ignoré des tiers, et dissimulé dans le contrat, n'a pas d'action contre eux.

La règle inverse et réciproque est que les tiers n'ont pas d'action contre lui. Nous avons vu ci-dessus le texte du code espagnol à cet égard.

Ainsi, lorsque le mandataire a exécuté le mandat en son nom et sans en donner connaissance, le mandant est pour les tiers une personne *penitùs extranea;* il n'a pas d'action contre les tiers ; les tiers n'ont pas d'action contre lui.

Supposons, par exemple, que, dans l'espèce jugée à Bordeaux, et dont nous avons rendu compte tout à l'heure, Audieq fût le commettant de Louzeau-Coudrais qu'il aurait chargé de lui acheter des 3/6, et que ce dernier les eût achetés en son nom et d'ordre d'Audieq auprès de la maison de Bordeaux : la maison de Bordeaux n'aurait pour obligé que Louzeau-Coudrais ; elle ne pourrait transformer Audieq en acheteur en ce qui la concerne : elle ne pourrait l'obliger

à prendre livraison dans des termes différents du marché qu'il aurait passé avec Louzeau-Coudrais.

C'est à peu près comme si l'affaire se fût traitée par un intermédiaire prête-nom. Ce dernier serait seul engagé, seul responsable, et nullement celui qu'il aurait mission de représenter sous ce masque d'emprunt.

536. Mais ce principe certain ne reçoit-il pas exception lorsqu'il est notoire que l'affaire se faisait pour le mandant, que le mandataire agissait comme tel et dans son intérêt déclaré; en un mot, que les tiers, touchés par cette notoriété, ont suivi la foi du mandant autant que celle du mandataire?

Pothier tranche cette question de la manière suivante; il veut que le mandataire soit obligé principal, puisqu'il a donné son nom; mais il veut en même temps qu'il oblige son mandant conjointement avec lui: " Le mandant, en ce cas, " est censé accéder à toutes les obligations que le mandataire " contracte pour son affaire, et de cette obligation accessoire " du mandant naît une action qu'on appelle *utilis institoria*, " *qu'ont contre le mandant* ceux avec lesquels le mandataire " a contracté pour l'affaire du mandant."

Et il cite ce passage des sentences de Paul:

" *Si quis fænerandæ pecuniæ, agro colendo, condendis ven-* " *dendisque frugibus præpositus est, ex eo nomine quod cum illo* " *contractum est, in solidum fundi dominus obligabitur*"; passage qui est conforme à la loi 5, § 2, *de instit. act.*, empruntée par Ulpien aux écrits de Labéon.

537. Mais Delamarre et Lepoitevin, sans citer Pothier, contestent cette doctrine; ils attaquent plusieurs arrêts de la cour de Rennes qui l'ont consacrée dans une espèce qu'il est utile de rappeler.

Poirier avait été commissionné par un sieur Ozou, négociant, pour faire des achats de céréales. Poirier traitait en son propre nom avec les vendeurs: il faisait apposer des affiches, réglait les prix, achetait, payait, expédiait, toujours sous son nom et sans nommer Ozou, qui, d'une part, lui fournissait les fonds nécessaires pour ces opérations, et, de

l'autre, lui payait un droit de commission. Il était constant qu'Ozou n'avait jamais eu de rapports directs avec les vendeurs.

Cette situation avait duré huit ans; mais, au bout de ce temps, Poirier se dérangea; il ne paya pas plusieurs vendeurs, et ceux-ci exercèrent un recours contre Ozou.

Ozou répondit d'abord qu'il était en avance sur Poirier de sommes considérables; de plus, que n'ayant jamais traité ni personnellement ni par procureur avec les tiers, il n'était tenu de rien envers eux. Tous les marchés ont été faits avec Poirier et sous le nom de Poirier; c'est de ce dernier qu'on a suivi la foi. En matière commerciale, il n'est jamais permis de rechercher le commettant dont le nom n'a pas été prononcé dans les contrats.

Néanmoins, trois arrêts, des 17 janvier, 9 février et 27 mars 1832, décidèrent, d'après les faits, que Poirier n'avait été qu'un simple mandataire, achetant notoirement pour Ozou; qu'il était généralement considéré comme préposé et facteur de ce dernier; que son peu de crédit et de solvabilité ne permettait pas de supposer que les tiers eussent suivi sa foi; qu'on avait plutôt eu égard à celle d'Ozou qui était derrière lui, et dont la fortune était pour le public la garantie déterminante.

538. Mais, dans deux autres affaires distribuées à d'autres chambres et intéressant le sieur Ozou et les vendeurs de Poirier, la cour de Rennes fit prévaloir d'autres idées. Elle s'arrêta à la circonstance que tout, publications, achats, payements, avait été fait au nom de Poirier; que ce dernier n'avait jamais pris la qualité de mandataire; qu'Ozou ne s'était jamais montré et n'avait pas eu de rapports avec les tiers. Elle déclara donc, par deux arrêts, les tiers sans action contre Ozou.

539. Delamarre et Lepoitevin, à qui nous devons la connaissance de ces arrêts et de ces intéressants détails, n'hésitent pas à enseigner que les deux derniers arrêts de la cour de Rennes sont seuls juridiques. Ils se retranchent dans la

maxime : *Personam contrahentium non egrediuntur contractus.* Ils invoquent d'Argentré, dont la maxime est : *Quotiès quisquam in rebus agit, vendit, permutat, contrahit sine adjectione externæ qualitatis, semper nomine suo contrahere videtur ;* ils fortifient cette règle de la doctrine de Casaregis et d'Ansaldus.

Voici en effet les expressions de Casaregis : " *Aut procurator simpliciter contraxit non expresso mandato ; et tunc res est plana : quia persona domini, respectu alterius contrahentis, non habetur in consideratione, nullaque idcirco acquiritur, ex contractu procuratoris, actio domino, contra alterum contrahentem.*"

Et ailleurs : *Qaando mandatarius simpliciter contrahit, non expresso mandato, adeo in eo radicatur contractus, ut mandati ampliùs contra tertium emptorem nulla competere possit actio. Nam respectu habito ad dictum tertium, mandans consideratur ut persona penitùs extranea*, etc., etc.

540. Ces autorités, que je ne récuse pas, sont-elles cependant inconciliables avec la doctrine de Pothier et avec les arrêts de la cour de Rennes que critiquent Delamarre et Lepoitevin ? Je ne le pense pas.

En traitant du contrat de société, nous avons dit que lorsqu'un associé contracte seul, en son propre et privé nom, il n'oblige que lui ; les tiers qui ont suivi sa foi n'ont pas d'action contre la société ; et cela, quand même la société aurait profité du contrat. Cette proposition, appuyée de l'autorité de Papinien, de Cujas et autres, ne saurait être révoquée en doute ; je n'ai pas à revenir ici sur les preuves qui la rendent plus éclatante que la lumière.

Mais nous avons dit aussi que lorsque l'existence de la société est notoire, et qu'il est reconnu que les tiers ont suivi la foi de cette société, il importe peu que la société n'ait pas été formellement nommée dans les actes passés avec les tiers. L'acte est accompagné de circonstances telles que le public n'a pu le séparer d'une situation sociale réelle, présente, agissante, provoquant leur confiance. *Eadem est vis taciti ac*

expressi. Le silence est ici insignifiant; les faits parlent haut et n'ont pas besoin d'explication. Une société ne se désigne pas toujours par sa raison sociale. Il y a des équipollens; il y a des circonstances de fait qui impriment à chaque acte le caractère social, quoique la société ne soit pas nommée en termes formels.

Eh bien! cette doctrine est parfaitement applicable ici. Le mandataire est comme l'associé. Il n'oblige son mandant envers le tiers que lorsqu'il a pris la qualité de son mandataire. Mais, pour que cette qualité lui soit imprimée dans ses rapports avec les tiers, il n'est pas absolument nécessaire qu'elle ressorte des mots. Le judaïsme n'est pas plus de mise ici que dans la société. Le nom du mandant peut s'attacher à l'acte par des circonstances de fait, par une certaine publicité de position, que les tribunaux doivent apprécier avec équité; et c'est ce que Casaregis lui-même enseigne formellement dans son discours 43.

541. Dans les espèces jugées à Rennes, Poirier avait été pendant de longues années l'homme d'Ozou. Il y avait eu entre eux une série de rapports constants, continus, sans cesse renaissants. Or, pendant ces longues communications, comment est-il possible de croire qu'Ozou ne s'était pas montré aux tiers, qu'il n'avait pas avoué Poirier pour son facteur, qu'il n'avait pas révélé la main qui soutenait ce dernier, alimentait ses opérations, lui communiquait un crédit qu'il n'avait pas personnellement? Sans doute Ozou n'avait pas figuré en nom propre dans les achats; Poirier les avait faits sans le nommer. Mais qu'importe, si son concours ressortait des faits? qu'importe si son crédit en avait été la cause déterminante? Etait-il absolument nécessaire d'exprimer ce que tout le monde savait, et ce qu'Ozou n'avait rien fait pour démentir? Ce n'était donc pas le cas d'appliquer la doctrine des auteurs cités au numéro 538; car elle n'est vraie que lorsque la personne du mandant n'a pas été prise en considération par les tiers. *Nullumque ad personam mandantis respectum habuisse*, dit Casaregis. Ou bien, comme dit Ansaldus:

Ea semper persona remanet obligata, cujus intuitu ac respectu contractus reperitur celebratus. Ici, au contraire, ce n'est pas le crédit de Poirier qui a été déterminant. On constate en fait qu'il en était privé ; c'est la foi et le crédit d'Ozou, tacitement et implicitement exposés, qui ont été suivis.

542. S'il en était autrement, la fraude s'emparerait de ce moyen de droit pour tromper les tiers. On mettrait les mots au-dessus des choses, les apparences concertées au-dessus de la réalité.

Voici, en effet, une espèce qui vient à l'appui de cette proposition. J'étais rapporteur de l'affaire à la chambre des requêtes (audience du 20 août 1844).

Leloutre, fils mineur, demeurant avec son père à Quillebœuf (Eure), faisait sous son nom un commerce de chevaux. Les dépôts étaient placés chez Leloutre père; les ventes étaient livrées dans des bâtiments et des écuries appartenant à ce dernier. Les hommes et les bestiaux qui fonctionnaient dans ce commerce étaient hébergés chez Leloutre père ; tout, en un mot, indiquait que le fils agissait pour le père, quoiqu'il évitât de prononcer le nom de ce dernier.

Le 13 novembre 1842, un sieur Chaise vendit à Leloutre fils un cheval du prix de 805 francs. Il fut livré au domicile de Leloutre père. Le prix n'ayant pas été payé, Chaise assigna Leloutre père devant le tribunal d'Evreux en payement de cette somme, intérêts et frais.

Leloutre répondit : ce n'est pas moi qui fais ce commerce ; c'est mon fils qui l'exerce, en son nom, à ses risques et périls. J'y suis étranger.

Mais le sieur Chaise insistait sur une foule de circonstances pour démontrer que Leloutre fils n'était que l'agent de son père. Il rappelait que c'était chez lui qu'était le siège du commerce ; que son crédit protégeait ce fils dans les actes auxquels il procédait; il lui opposait ce dilemme insurmontable : ou votre fils est votre mandataire, agissant ostensiblement pour vous, quoique ce soit lui qui paraisse en personne, et vous êtes tenu ; ou il n'est pas votre mandataire ; mais

alors vous avez trompé le public en laissant croire que l'affaire est vôtre ; c'est, de votre part, une fraude dont vous êtes coupable envers le public que vous induisez en erreur par ce système de coopération apparente.

Chaise ayant prouvé les faits allégués, un jugement du tribunal d'Evreux, rendu en dernier ressort, condamna Leloutre.

Au fond, la décision me parut bien fondée et inattaquable. Mais, en la forme, le jugement préfentait un vice qui donna lieu à l'admission du pourvoi.

543. Pour fortifier cette démonstration, je rappelle que le droit romain, qui accorde une action directe, *exercitoria* ou *institoria*, contre l'armateur et le maître pour les faits du capitaine ou du préposé, n'est fondé que sur cette notoriété dont je parle, et le préteur n'a pas hésité à la donner, quoique le capitaine ou l'instituteur eussent agi en leur nom personnel. Voudrions-nous restaurer une rigueur d'actions que les Romains eux-mêmes avaient cru sage d'abandonner, *omissis legum rigoribus ?*

544. Au surplus, les tribunaux ont un pouvoir souverain pour apprécier les faits et décider, d'après les circonstances, si le commissionnaire a agi en son nom, ou au nom de son commettant qu'il a aussi obligé envers les tiers. Ils consultent les correspondances, les factures, les livres, et se prononcent pour la vérité avec une autorité que la cour de cassation ne peut contrôler.

---

* *Story* (*Greenough*), *Agency*, § 265 *et s.* } § 265. This doctrine, however, as to the liability of the agent, where he contracts in the name and for the benefit of the principal without having due autority, is founded upon the supposition, that the want of authority is unknown to the other party, or, if known, that the agent undertakes to guarantee a ratification of the act by the principal (1) But circumstances may arise,

(1) [Hall v. Lauderdale, 46 N. Y. 70; Aspinwall v. Torrance, 1 Lans. (N. Y.) 381.]

in which the agent would not or might not be held to be personally liable, if he acted without authority, if that want of authority was known to both parties, or unknown to both parties. Thus, if, at the time of the contract, the agent should declare that he had no authority, but that he thought his principal would ratify the act, as being for his benefit; and, at the same time, he should declare that he only acted as expressive of his opinion and belief, and did not intend to bind himself personally, if the principal should not ratify it, and this was fully understood and agreed to on the other side; in such a case, there would not seem to be any legal ground upon which, in case of a non-ratification by the principal, the agent thus, acting *bona fide*, could be held personally responsible.

§ 265 *a*. But let us suppose another case, where an agent contracts in the name of his principal, having an original authority so to do; and it turns out that, unknown to both parties, the authority has been revoked by the death of the principal, so that, in contemplation of law, there exists no principal; the question will then arise, whether, inasmuch as neither the principal nor his legal representative is bound by the contract (1), the agent, who has acted *bona fide*, will, under such circumstances, be responsible to the other contracting party for any loss or damage sustained thereby. It has been recently held, upon very full consideration, and upon reasoning entirely satisfactory, that the agent will not, under such circumstances, be responsible; upon the ground, that the continuance of the life of the principal must be deemed to be a fact equally within the contemplation of both parties, as the basis of the contract; and, consequently, neither is deceived or misled by the other as to the conditions essential to give it validity. In short, each understands that the contract proceeds upon the presumption, that the principal is still living, and capable of being bound by the contract,

(1) Blades *v*. Free, 9 B. & Cressw. 167.

and that the agent only stipulates for good faith and the existence of an original authority to make the contract. If, at the time, the agent should *bona fide* say to the other party, I know not whether my principal is dead or living; but, if living, I warrant him bound by the contract; no doubt could be entertained, that, if the principal were dead ad the time, and his death were unknown to both parties, the agent would be absolved from all responsibility; for the other party, in such a case, takes the contract *sub modo*, and conditionally. Now, in legal contemplation, there is no distinction between such an express undertaking and an implied engagement to the same effect, virtually understood at the time by both parties, from the very circumstances of the case (1).

(1) Smout *v.* Tibery, 10 Mees. & Wels. 1. In this case, a man, who was in the habit of dealing with the plaintiff, for meal supplied to his house, went abroad, leaving his wife and family resident in England, and died abroad. The action was brought against the wife, for meal supplied after the death of the husband, which was unknown to both parties; and it was held, that the wife was not liable. Mr. Baron Alderson, in delivering the opinion of the court, said: " We took time to consider this question, and to examine the authorities on this subject, which is one of some difficulty. The point, how far an agent is personally liable who, having in fact no authority, professes to bind his principal, has on various occasions been discussed. There is no doubt, that, in the case of a fraudulent misrepresentation of his authority, with an intentian to deceive, the agent would be personally responsible. But, independently of this, which is perfectly free from doubt, there seem to be still two other classes of cases, in which an agent who, without actual authority, makes a contract in the name of his principal, is personally liable, even where no proof of such fraudulent intention can be given. First, where he has no authority, and knows it, but nevertheless makes the contract, as having such authority. In that case, on the plainest principles of justice, he is liable. For he induces the other party to enter into the contract, on what amounts to a misrepresentation of a fact peculiarly within his own knowledge; and it is but just, that he who does so should be considered as holding himself out as one having competent authority to contract, and as guaranteeing the consequences arising from any want of such authority. But there is a third class, in which the

[ARTICLE 1716.]

§ 266. In the next place, a person contracting as agent will be personally responsible, where, at the time of making the

courts have held, that, where a party, making the contract as agent, *bona fide* believes that such authority is vested in him, but he has in fact no such authority, he is still personally liable. In these cases, it is true, the agent is not actuated by any fraudulent motives; nor has he made any statement which he knows to be untrue. But still his liability depends on the same principles as before. It is a wrong, differing only in degree, but not in its essence, from the former case, to state as true what the individual making such statement does not know to be true, even though he does not know it to be false, but believes, without sufficient grounds, that the statement will ultimately turn out to be correct. And, if that wrong produces injury to a third person, who is wholly ignorant of the grounds on which such belief of the supposed agent is founded, and who has relied on the correctness of his assertion, it is equally just that he who makes such assertion, should be personally liable for its consequences. On examination of the authorities, we are satisfied that all the cases in which the agent has been held personally responsible, will be found to arrange themselves under one or other of these three classes. In all of them it will be found, that he has either been guilty of some fraud, has made some statement which he knew to be false, or has stated to be true what he did not know to be true; omitting, at the same time, to give such information to the other contracting party as would enable him, equally with himself, to judge as to the authority under which he proposed to act. Of the first, it is not necessary to cite any instance. Polhill *v.* Walter is an instance of the second; and the cases where the agent never had any authority to contract at all, but believed that he had, as when he acted on a forged warrant of attorney, which he thought to be genuine, and the like, are instances of the third class. To these may be added those cited by Mr. Justice Story, in his book on Agency, p. 261, note 3 (§ 264, n. 2). The present case seems to us to be distinguishable from all these authorities. Here the agent had, in fact, full authority originally, to contract, and did contract, in the name of the principal. There is no ground for saying, that in representing her authority as continuing, she did any wrong whatever. There was no *mala fides* on her part; no want of due diligence in acquiring knowledge of the revocation; no omission to state any fact within her knowledge relating to it; and the revocation itself was by the act of God. The continuance of the life of the principal was, under these circumstances, a fact equally within the knowledge of both contracting parties. If, then, the

contract, he does not disclose the fact of his agency; when treats with the other party as being himself the prin[illegible] of the for, in such a case, it follows irresistibly, that credit is [illegible] as to him on account of the contract (1). Thus, if a factor or

true principle dérivable from the cases is, that there must be some wrong or omission of right on the part of the agent, in order to make him personally liable on a contract made in the name of his principal, it will follow, that the agent is not responsible in such a case as the present. And to this conclusion we have come. We were, in the course of the argument, prested with the difficulty, that, if the defendant be not personally liable, there is no one liable on this contract at all; for Blades *v.* Free has decided, that in such a case the executors of the husband are not liable. This may be so; but we do not think, that, if it be so, it affords to us a sufficient ground for holding the defendant liable. In the ordinary case of a wife, who makes a contract in her husband's lifetime, for which the husband is not liable, the same consequence follows. In that case, as here, no one is liable upon the contract so made. Our judgment, on the present occasion, is founded on general principles, applicable to all agents. But we think it right also to advert to the circumstance that this is the case of a married woman, whose situatiôn as a contracting party is of a peculiar nature. A person who contracts with an ordinary agent, contracts with one capable of contracting in his own name; but he who contracts with a married woman knows that she is in general incapable of making any contract, by which she is personally bound. The contract, therefore, made with the husband by her instrumentality, may be considered as equivalent to one made by the husband exclusively of the agent. Now, if a contract were made on the terms that the agent, having a determinable authority, bound his principal, but expressly stipulated, that he should not be personally liable himself, it seems quite reasonable, that, in the absence of all *mala fides* on the part of the agent, no responsibility should rest upon him. And, as it appears to us, a married woman, situated as the defendant was in this case, may fairly be considered as an agent so stipulating for herself; and on this limited ground, therefore, we think she would not be liable, under such circumstances as these." See Post, § 495; [Randell *v.* Trimen, 18 C. B. 786; Carriger *v.* Whittington, 26 Mo. 313].

(1) Owen *v.* Gooch, 2 Esp. 567; Post, § 291; *Ex parte* Hartop, 12 Ves. 352; Paterson *v.* Gandasequi, 15 East, 62, 68; 3 Chitty on Com. & Manuf. 211; Mauri *v.* Heffernan, 13 John. 58, 77; 2 Liverm. on Agency, 245-247,

[ARTICLE 1716.]

§ 266r, or other agent, buy goods in his own name for his be persoal, he will be responsible to the seller therefor in ..y case where his agency is not disclosed (1). But we are

257 (ed. 1818); 2 Kent, Comm. Lect. 41, pp. 630, 631 (4th ed.); Stackpole v. Arnold, 11 Mass. 27; James v. Bixby, 11 Mass. 34, 37, 38; Bedford v. Jacobs, 16 Martin, 530; Brockway v. Allen, 17 Wend. 40, 43; 2 Kent, Comm. Lect. 41, pp. 629-631 (4th ed.); Hyde v. Wolf, 4 Miller (La.), 234; Tainior v. Prendergast, 3 Hill, 72; Corlies v. Cumming, 6 Cowen, 181; Rathbon v. Budlong, 15 John. 1; Waring v. Mason, 18 Wend. 425; Mills v. Hunt, 20 Wend. 431; Bedford v. Jacobs, 4 Miller (La.), 528; Beebe v. Roberts, 12 Wend. 413; Raymond v. Crown & Eagle Mills, 2 Met. 319; Smith on Merc. Law, pp 134, 136, 140, 141 (3d ed. 1843); Upton v. Gray, 2 Greenl. 373; Keen v. Sprague, 3 Greenl. 77; Parker v. Donaldson, 2 Watts & Serg. 9.]Thus. were A. as trustee, but not disclosing for whom, took an assignment of a mortgage and note, which was forged by the assignor, and the mortgagor paid the note, and, afterwards discovering it was a forgery, brought suit to recover the amount paid, it was held that he could recover it from A., although A. was really acting for the bank, Welch v. Goodwin, 123 Mass. 71; Rushing v. Sebree, 12 Bush (Ky.), 198; Winsor v. Griggs, 5 Cush. 210; McClellan v. Parker, 27 Mo. 162; Wheeler v. Reed, 36 Ill. 82; Swansea Shipping Co. v. Duncan, 1 Q. B D 644; nor can the agent discharge himself in such case by putting the creditor to his election whether to hold the principal after disclosure o· the agent; nor can the principal compeil the creditor to make such election. Beymer v. Bonsall, 79 Pa. St. 298; and see Arfridson v. Ladd, 12 Mass. 173.—Ed]

(1) 2 Kent, Comm. Lect. 41, pp. 630. 631 (4th ed.); 3 Chitty on Com. & Manuf. 211; Smith on Merc. Law, 78, 79 (2d ed.); Id. ch. 5, § 5, pp. 134-136, 140, 141 (3d ed. 1843). [One buying goods for another, in his own name, makes himself personally liable therefor unless he discloses his principal; and it is not sufficient that the seller has the means of ascertaining the principal's name. Cobb v. Knapp, 71 N. Y. 621. It is the duty of the agent to disclose his agency and not the duty of the creditor to discover it. Baldwin v. Leonard. 39 Vt. 266; Nixon v. Downey, 49 Iowa, 166; Dale v. Humphrey, 1 El. Bl. & El. 1004; Gillett v. Offor, 18 C. B. 913 And a principal is not liable for goods bought by his factor in his own name and charged to the factor by the vendor when he has paid the factor for them. McCullough v. Thompson, 45 N. Y. Super. 449. —Ed.]

not therefore to infer, that the principal may not also, when he is afterwards discovered, be liable for the payment of the price of the same goods; for, in many cases of this sort, as we shall hereafter abundantly see, the principal and agent may both be severally liable upon the same contract (1).

§ 267. The same principle will apply to contracts made by agents, where they are known to be agents, and acting in that character, but the name of their principal is not disclosed; for, untill such disclosure, it is impossible to suppose, that the other contracting party is willing to enter into a contract, exonerating the agent, and trusting to an unknown principal, who may be insolvent or incapable of binding himself (2). Thus where a contract is made with an auctioneer for the purchase of goods at a public sale, and no disclosure is made of the principal on whose behalf the commodity is sold, the auctioneer will be liable to the pur-

(1) Paterson *v.* Gandasequi, 15 East, 62, 68, 69; Smith on Merc. Law, 78, 79 (2d ed.); Id. ch. 5 § 5, pp. 134-136, 140, 141 (3d ed. 1843); Thompson *v.* Davenport, 9 B. & Cressw. 78, 88; Jones *v.* Littledale, 6 Adolph. & Ellis, 486; Pentz *v* Stanton, 10 Wend. 271. In Jones *v.* Littledale, 6 Adolph. & Ellis, 490, Lord Denman, speaking on this point, said: "There is no doubt, that evidence is admissible on behalf of one of the contracting parties, to show, that the other was agent only, though contracting in his own name; and so to fix the real principal. But it is clear, that, if the agent contracts in such a form as to make himself personally responsible, he cannot afterwards, whether his principal were, or were not, known at the time of the contract, relieve himself from that responsibility." Taintor *v* Prendergast, 3 Hill, 72; Higgins *v.* Senior, 8 Mees. & Wels. 834; Ante, § 264; Kymer *v.* Suwercropp, 1 Camp. 109, Raymond *v.* Crown & Eagle Mills, 2 Met 319; Post, §§ 269, 270, 275; Hastings *v.* Lovering, 2 Pick. 221; 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 630 (4th. ed.); [Paige *v.* Stone, 10 Met. 160].

(2) 3 Chitty on Com. & Manuf. 211; Paterson *v.* Gandasequi, 15 East, 62, 68, 69; *Ex parte* Hartop, 12 Ves. 352; Smith on Merc. Law, 78, 79 (2d ed.); Id. ch. 4, § 5, pp. 134-136, 140, 141 (3d ed 1843); Thomson *v.* Davenport, 9 B & Cressw. 78, 88; 2 Kent, Comm. Lect. 41, pp. 629-631 (4th ed.); [Winsor *v.* Griggs, 5 Cush. 210; Hutchinson *v.* Tatham, L. R. 8 C. P. 482; Falkedburg *v.* Clark, 11 R. I. 278.]

chaser to complete the contract, although from the nature of public sales it is plain that he acts as agent only (1). So, if the agent should, at the time of the purchase of the goods, acknowledge that he is purchasing for another person, but should not then name him; in such a case he would be held personally liable, although the principal, when discovered, might also be liable for the debt (2).

(1) Hanson *v.* Roberdeau, Peake, 120; Jones *v.* Littledale, 6 Adolph, & Ellis, 486. [See Gillett *v.* Offor, 18 C. B. 913.]

(2) Thomson *v.* Davenport, 9 B. & Cressw. 78, 88; Smith on Merc. Law, 66, 78, 79 (2d ed.); Id. ch. 5, § 5, pp. 134-136, 140, 141 (3d. 1843). In Thomson *v.* Davenport, 9 B. & Cressw. 78, 86, 87, Lord Tenterden said: "I take it to be a general rule, that if a person sells goods (supposing, at the time of the contract, he is dealing with a principal), but afterwards discovers that the person with whom he has been dealing is not the principal in the transaction, but agent for a third person, though he may in the mean time have debited the agent with it, he may afterwards recover the amount from the real principal, subject, however, to this qualification, that the state of the account between the principal and the agent is not altered to the prejudice of the principal. On the other hand, if, at the time of the sale, the seller knows, not only that the person who is nominally dealing with him, is not principal, but agent, and also knows who the principal really is, and, notwithstanding all that knowledge, chooses to make the agent his debtor, dealing with him and him alone, then, according to the cases of Addison *v.* Gandasequi, and Paterson *v.* Gandasequi, the seller cannot afterwards, on the failure of the agent, turn round and charge the principal, having once made his election, at the time when he had the power of choosing between the one and the other. The present is a middle case. At the time of the dealing for the goods, the plaintiffs were informed that M'Kune, who came to them to buy the goods, was dealing for another, that is, that he was an agent, but they were not informed who the principal was. They had not, therefore, at that time, the means of making their election. It is true, that they might, perhaps, have obtained those means, if they had made further inquiry; but they made no further inquiry. Not knowing who the principal really was, they had not the power, at that instant, of making their election. That being so, it seems to me that this middle case falls, in substance and effect, within the first proposition which I have mentioned, the case of a person not known to be an agent;

and not within the second, where the buyer is not merely known to be agent, but the name of his principal in also known." Mr. Justice Bayley added: "Where a purchase is made by an agent, the agent does not, of necessity, so contract as to make himself personally liable; but he may do so. If he does make himself personally liable, it does not follow that the principal may not be liable also, subject to this qualification, that the principal shall not be prejudiced by being made personally liable, if the justice of the case is, that he should not be personally liable. If the principal has paid the agent, or if the state of accounts between the agent here and the principal would make it unjust that the seller should call on the principal, the fact of payment, or such a state of accounts, would be an answer to the action brought by the seller, where he had looked to the responsibility of the agent. But the seller who knows who the principal is, and, instead of debiting that principal, debits the agent, is considered, according to the authorities which have been referred to, as consenting to look to the agent only, and is thereby precluded from looking to the principal. But there are cases which establish this position, that, although he debits the agent, who has contracted in such a way as to make himself personally liable, yet, unless the seller does something to exonerate the principal, and to say that be will look to the agent only, he is at liberty to look to the principal, when that principal is discovered. In the present case, the seller knew that there was a principal; but there is no authority to show, that mere knowledge that there is a principal destroys the right of the seller to look to that principal, as soon as he knows who that principal is, provided he did not know who he was at the time when the purchase was originally made. It is said, that the seller ought to have asked the name of the principal, and charged him with the price of the goods. By omitting to do so, he might have lost his right to claim payment from the principal had the latter paid the agent, or had the state of the accounts between the principal and the agent been such as to make it unjust that the former should be called upon to make the payment. But, in a case circumstanced as this case is, where it does not appear but that the man who has had the goods, has not paid for them, what is the justice of the case? That he should pay for them to the seller, or to the solvent agent, or to the estate of the insolvent agent, who has made no payment in respect of these goods. The justice of the case is, as it seems to me, all on one side; namely, that the seller shall be paid, and that the buyer (the principal) shall be the person to pay him, provided he has not paid anybody else. Now, upon the evidence, it appears that the defendant had the goods, and has not paid for them, either to M'Kune, or to the present plaintiffs, or to anybody else." [But,

where a person signed a receipt for goods, to be forwarded over several railroad lines, and did not disclose for what corporations he acted, nor did the other party know, and there were several routes and companies which would satisfy the description given in the receipt, which was signed " G. W., for the corporations," G. W. was held not liable on said receipt for the loss of the goods, although he was not agent for one of the companies over whose road he sent the goods, and although after their loss he verbally promised to pay for them. Lyon v. Williams, 5 Gray. 557; Paige v. Stone, 10 Met. 160. — R.]

---

* *Paley (Waterman), Pr. and Ag., p. 371 et note.* } 2. In order, however, to confine the credit to the principal, it is in general necessary that he should be known as the responsible person. And therefore an agent may become liable upon contracts made by him in that capacity; *first*, where the principal is not known; *secondly*, where there is no responsible principal (except in the case of public agents); *thirdly*, where he becomes liable by any undertaking of his own (1).

Boileux, sur art. 1997 C. N. } L'art. 1997 règle les rapports du mandataire avec les tiers.

Lorsque le mandataire agit en son nom personnel, pour

(1) *De Gelder* v. *Savory*, 2 Keb. 812. " It is a general rule standing on strong foundations, and pervading every system of jurisprudence, that where an agent is duly constituted, and names his principal, and contract in his name, aud does not exceed his authority, the principal is responsible and not the agent. The agent becomes personally liable only when the principal is not known, or where there is no responsible principal, or where the agent becomes liable by an undertaking in his own name, or when he exceeds his power." 2 Kent's Comm. 630. This is a terse and comprehensive summary of the whole doctrine. See *Harper* v. *Williams*, 4 Ad. & Ellis N. S. 232; *Amos* v. *Temperley*, 8 Mees. & Wels. 798; *Mauri* v. *Heffernan*, 13 Johns. Rep. 58; *Rathbon* v. *Budlong*, 15 Johns. Rep. 1; *Mott* v. *Hicks*, 1 Cow. 513; *Dubois* v. *The Delaware and Hudson Canal Co.*, 4 Wend. 285; *Kirkpatrick* v. *Stainer*, 22 Wend. 244; *Meyer* v. *Barker*, 6 Binney, 234; *Dusenbury* v. *Ellis*, 3 Johns. Cas. 70; *Hastings* v. *Lovering*, 2 Pick. 221; *Ante*, 370, n. (*d*); *Post*, 378, 386.

l'affaire qui fait l'objet de son mandat, lui seul se trouve lié directement vis-à-vis des tiers ; le mandant n'a point d'action contre eux ; ils n'ont point d'action contre lui.

Le mandataire qui agit en cette qualité, ne contracte aucun engagement personnel s'il se renferme dans les limites de ses pouvoirs; car l'affaire est censée conclue directement avec le mandant. Les tiers ont donc le plus grand intérêt à se faire représenter la procuration, pour en connaître l'étendue.

On admet généralement, que le mandataire n'est pas tenu d'établir son identité, à moins de circonstances particulières.

Quelle est la position du mandataire vis-à-vis des tiers, s'il a excédé ses pouvoirs, bien qu'il ait agı comme mandataire? Les tiers n'ont point d'action contre le mandant : mais peuvent-ils exercer des poursuites contre le mandataire? La loi distingue :

Lorsque les tiers ont été fondés à croire que le mandataire agissait conformément à son mandat, ils peuvent le poursuivre personnellement pour tout ce qu'il a fait au-delà ; bien entendu, si le mandant ne ratifie pas : le mandataire est responsable de ses actes; il ne peut raisonnablement se plaindre qu'on ait eu foi dans sa déclaration ;—*à fortiori* doit-on décider ainsi, lorsqu'il s'est *porté fort.*

Lorsque les tiers ont eu pleine connaissance des pouvoirs du mandataire, ils doivent s'imputer le dommage qu'ils éprouvent: *volenti non fit injuria* ;—comme de raison, c'est au mandataire à établir ce fait, puisqu'il prétend s'affranchir des poursuites dirigées contre lui. D'ailleurs, l'art. 1997 lui impose l'obligation de donner connaissance de ses pouvoirs, à la partie avec laquelle il contracte. Les tribunaux sont appréciateurs de ce point de fait.

Ainsi, Pierre me donne mandat d'acheter pour lui votre maison moyennant 10,000 fr. ; je l'achète pour le prix de 15,000 fr.: le mandant ne ratifie pas : quelle sera ma position ? Si je vous ai donné connaissance de mes pouvoirs, vous

n'aurez point d'action en garantie contre moi; dans le cas contraire vous pourrez me poursuivre.

Mais que devrait-on décider si j'avais acheté cette maison 8,000 fr.: Pierre pourrait-il me contraindre à la lui livrer pour ce prix? L'affirmative n'est pas douteuse: le chiffre de 10,000 fr. a été seulement fixé comme une limite que je ne pourrais dépasser: mon mandat portait virtuellement pouvoir d'acheter pour un moindre prix, si cela était possible.

Nous avons supposé, dans les espèces qui précèdent, que le mandataire s'est rendu acquéreur en cette qualité: s'il avait agi en son nom personnel, le mandant aurait le droit d'exiger des dommages-intérêts, pour inexécution du mandat; mais il ne pourrait le contraindre à lui livrer la maison.

Lorsqu'il est notoire que l'affaire se fait pour le mandant, est-il nécessaire, pour que le mandataire soit affranchi de toute responsabilité, que les tiers aient eu connaissance de ses pouvoirs? Pothier (n. 88) s'exprime ainsi sur la question: "Le mandant, en ce cas, est censé accéder à toutes les obligations que le mandataire contracte pour ses affaires, et de cette obligation accessoire du mandant, naît une action qu'on appelle *utilis institoria*, qu'ont contre le mandant ceux avec lesquels le mandataire a contracté pour l'affaire du mandant."

Suivant MM. Delamarre et Lepoitevin, le préposé est seul obligé, puisqu'il n'a jamais pris la qualité de mandataire; puisque le prétendu commettant ne s'est jamais montré.

Cette dernière théorie serait dangereuse; car elle faciliterait les fraudes envers les tiers. Le système de Pothier doit être admis sous l'empire du Code, lorsque les tiers ont contracté en considération de la personne du mandant.

Il résulte des mots qui terminent notre texte, que le mandataire est obligé envers les tiers, pour tout ce qu'il a fait au-delà de son mandat, bien que le mandant ait ratifié, lorsqu'il s'est personnellement soumis à cette garantie.

[ARTICLE 1717.]

1717. Il est responsable de la même manière, lorsqu'il excède les pouvoirs contenus dans son mandat ; à moins qu'il n'en ait donné une connaissance suffisante à ceux avec qui il a contracté.

1717. He is liable in like manner when he exceeds his powers under the mandate, unless he has given the party with whom he contracts sufficient communication of such powers.

Voy. *C. N.* 1997 et *Story*, cités sur art. 1715.

* *C. L.* 2081. } Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité uns suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis.

* *Troplong*, *Mandat*, *sur art.* 1997 *C. N.*, *n°* 589 *et s.* } 589. Venons maintenant à la dernière partie de notre article. Elle concerne le cas où le mandataire a excédé les termes de la procuration et où les tiers veulent l'en rendre responsable (1).

Deux cas peuvent se présenter : ou il n'a pas donné connaissance de la procuration, ou il en a donné connaissance.

(1) Add. Zachariæ, § 415, donne cette explication : " On doit regarder comme faits en dehors des limites du mandat les actes qui, bien qu'ils soient de la nature de ceux que le mandataire a reçu pouvoir de faire, sont évidemment contraires au but du mandat ; par exemple, les actes faits par un mandataire dans son propre intérêt, lorsque le mandat n'a été donné que dans l'intérêt du mandant."

Jurisprudence.—C'est ainsi qu'une constitution d'hypothèque consentie par le mandataire au profit de ses créanciers personnels sur les biens du mandant, devrait être considérée comme non avenue à l'égard de ce dernier, quoique la procuration renfermât le pouvoir illimité d'hypothéquer. Turin, 10 nov. 1810 (Sirey, XI, 2, 234).

590. S'il n'a pas donné connaissance de la procuration, il est responsable envers les tiers de ce qu'il a fait avec eux au delà de son mandat. La raison en est simple. Les tiers ont ajouté foi à sa parole ; ils ont cru ce qu'il affirmait de l'étendue de ses pouvoirs. Pourrait-il se plaindre de cette confiance ? Non ; et il doit répondre de ces assertions auprès des tiers (1). Pour renvoyer ces mêmes tiers à se pourvoir contre le mandant dont il a usurpé le nom et la procuration, il faudrait que ce dernier eût ratifié ce qu'il a fait (2).

591. Mais s'il a donné connaissance de sa procuration aux tiers avec lesquels il a traité, et que ceux-ci, ayant eu pleine connaissance de la limite de ses pouvoirs, l'aient suivi dans la transgression à laquelle il s'est livré, ils ne doivent s'en prendre qu'à eux-mêmes. Ils n'ont point été trompés ; ils

(1) Ansaldus, disc. 30, n° 8 : " *Asserens mandatum, vel commissionem habere contrahendi pro altero, remanet obligatus.*" Delamarre et Lepoitevin, t II, n° 341.

Add. Op. conf. d'O. Leclercq, t. VI, p. 530, où il dit : " En se donnant la qualité de mandataire, il est certain qu'il a promis a ce tiers qu'il avait des pouvoirs suffisants, il s'est engagé à lui donner une action contre le mandant pour faire exécuter le contrat : cette promesse est remplie lorsqu'il a des pouvoirs suffisants, elle ne l'est pas lorsque le mandataire a excédé ses pouvoirs : il est donc tenu à des dommages et intérêts pour l'inexécution de son engagement, et ils consistent à exécuter lui-même la convention dès que le mandant refuse de s'en charger."

Jurisprudence.—Est nul à l'égard du propriétaire du navire le contrat d'emprunt à la grosse par lequel le capitaine, se disant autorisé du propriétaire, emprunte à la grosse en hypothéquant les bâtiments, agrès et apparaux, et en obligeant même sa personne, alors surtout qu'il se reconnaît débiteur, par simulation, d'une somme supérieure à celle qu'il a reçue, si, dans la réalité, il n'avait autorisation ni du propriétaire, ni de justice. Rouen, 17 février 1824 (D. A., IV, 10).

—Toutefois ce capitaine demeure personnellement obligé non pas seulement au payement de la somme qui lui a été comptée, mais au payement du montant intégral de l'obligation qu'il a souscrite. (Même arrêt.)

(2) Ansaldus, disc. 30, n° 8.

sont su qu'ils ont contracté avec une personne sans qualité (1).

592. C'est du reste une question de fait que de savoir si la connaissance donnée aux tiers est suffisante ou insuffisante ; et dès lors cette question est abandonnée à l'appréciation

(1) *Infrà*, n° 776, Casaregis, disc. 197, n° 13 : " *Exceptio hæc solùm à mandante, non autem à tertio esset objicienda.*" *Junge* Mantica, *De tacit. et ambig.*, lib. VII, t. XV, n° 51.

Add. " Et comme ce n'est toujours qu'en cette qualité de représentant que le mandataire a contracté, il ne sera garant, pour ce qui a été fait au delà des pouvoirs comme pour ce qui aurait été fait dans leurs limites, qu'autant qu'il se serait personnellement soumis à cette garantie." (Demante, n° 742.)

" Il n'y aura pas de contrat faute de consentement, dit O. Leclercq, t. VI, p. 630 ; le mandataire n'a pas voulu s'engager ; le tiers avec lequel il a contracté n'a pas voulu lui imposer d'obligations ; mais il a voulu contracter avec le mandant, et celui-ci ne peut être obligé parce qu'il n'a pas été représenté pour un acte qu'il n'avait pas donné le pouvoir de faire. Autre chose serait si le mandataire s'était personnellement obligé."

Op. conf. de Deleurie, n° 11725, où il dit : " Ce tiers ue peut avoir acquis aucun droit ni contre le commettant dont il a sciemment outre-passé les intentions, ni contre le mandataire qui n'a agi ni promis en son nom : *Nemo sciens fallitur.* Alors la faute est commune, et le tiers qui a participé à cette faute, soit expressément, soit tacitement, est au moins coupable d'inconsidération ; dès lors toute action doit lui être déniée : *Quod quis culpâ suâ damnum sentit, sentire non intelligitur.* Le mandant seul est fondé à se plaindre de ce que son mandataire est sorti du cercle qu'il lui avait tracé."

Duranton dit, n°s 257 et 258 : " Le tiers est censé s'en être rapporté au mandant pour tout ce qui a été fait au delà du mandat dont la connaissance lui a suffisamment été donnée. Mais si le mandant ratifie ce qui a été fait au delà des pouvoirs, c'est comme s'il avait d'abord donné mandat de le faire, d'après la règle : *Ratihabitio mandato æquiparatur ;* sans préjudice toutefois du droit des tiers, à l'égard desquels la ratification n'aurait pas d'effet rétroactif.

" L'acte contenant cette ratification n'est pas assujetti aux formalités prescrites par l'art. 1338, car ce n'est pas le cas d'une obligation contre laquelle la loi admettait l'action en rescision ou en nullité. Ainsi jugé et avec beaucoup de raison par la cour de cassation."

souveraine des tribunaux. Ainsi l'a jugé la chambre des requêtes sur mon rapport, par arrêt du 26 juin 1845. Les circonstances de cette affaire ne sont pas inutiles à rappeler.

La compagnie dite *des mines d'Arras* était administrée par un conseil, auquel les statuts ne permettaient de contracter d'emprunts et de prendre d'engagements que jusqu'à concurrence des valeurs en caisse. La compagnie se trouva bientôt dans une fâcheuse situation et sans fonds nécessaires pour marcher. Aux termes des statuts, il aurait fallu se dissoudre. Au lieu de cela, le conseil convoqua une assemblée générale des actionnaires pour aviser à un emprunt. Quelques actionnaires seulement prirent part à cette assemblée, qui, sans faire attention à la lettre des statuts, émit l'opinion que le droit d'emprunter résultait de l'acte social même. Sa délibération est du 2 mai 1840.

Le conseil d'administration, muni de cette délibération, qui évidemment n'avait aucune valeur, donna pouvoir au sieur Boca d'emprunter 45,000 fr. Désiré Godart s'engagea à les prêter. Il est à remarquer qu'on ne lui donna connaissance que de la délibération du 2 mai 1840, mais qu'on lui laissa ignorer l'acte de société, en contravention duquel cette délibération avait été prise dans une forme illégale.

Cet emprunt ne sauva pas la société de sa ruine; elle ne put faire face à ses engagements. Après sa dissolution, ses liquidateurs, pressés de rembourser Désiré Godart, soutinrent que la compagnie n'était pas responsable d'un emprunt contracté contre la teneur même des statuts, contre l'étendue du mandat donné aux administrateurs, et sans l'assentiment de tous les actionnaires. Ce système était sans réplique. Aussi Désiré Godart prit-il des conclusions pour reporter subsidiairement la garantie sur les membres du conseil d'administration, auteurs de l'emprunt.

Ceux-ci lui répondaient: De quoi vous plaignez-vous? Nous vous avons donné connaissance de la délibération du 2 juin 1840 qui interprétait les statuts dans un sens favorable

au droit d'emprunter; cette délibération était la base de notre pouvoir; elle était notre mandat. Nous vous l'avons communiquée.

Mais Désiré Godart insistait en disant: La délibération du 2 juin 1840 n'est qu'un abus d'interprétation; c'est l'acte d'une assemblée illégale. Pour que j'eusse reçu de vous une connaissance complète du véritable état des choses, il aurait fallu que vous m'eussiez communiqué le statut social. Là j'aurais vu que vous n'aviez pas de mandat pour emprunter; là j'aurais vu que vous excédiez vos pouvoirs. Or vous avez dissimulé cet acte important qui caractérisait votre situation et m'aurait empêché de faire le prêt.

Vous êtes donc tenus personnellement envers moi d'après l'article 1997 du code civil.

Direz-vous que je devais réclamer de vous la production de l'acte de société, et que je suis coupable de ne l'avoir pas fait? Mais quoi! vous me reprochez de vous avoir crus sur parole? Vous voulez que je sois puni de la confiance que j'ai mise dans vos assertions?

Sur ce débat, la cour royale de Douai déclara, par arrêt du 15 mai 1844, que les mandataires n'avaient pas donné une connaissance suffisante de leur mandat, et qu'en ayant excédé les limites, ils étaient personnellement garants envers Désiré Godart.

Ils se pourvurent en cassation. Mais, par l'arrêt précité du 26 juin 1845, leur pourvoi fut rejeté, attendu que les juges du fait, après avoir pris en considération l'état incomplet des justifications faites auprès de Désiré Godart par les mandataires de la société, ainsi que la production de la délibération du 2 juin 1840, isolée et séparée de l'acte social qui l'aurait réduite au néant, avaient souverainement jugé, en fait, que les mandataires n'avaient pas donné une connaissance suffisante de leurs pouvoirs, et dû décider dès lors, par application de l'art. 1997 du code civil, qu'ils étaient personnellement tenus.

592. 2° (1). 592. 3° (2).

(1) Add. *A qui incombe la preuve du fait que la teneur de la procuration aurait été portée à la connaissance des tiers?* — Les annotateurs de Zachariæ, § 415, disent à ce sujet: " La preuve de ce fait est-elle à la charge du mandataire, ou n'est-ce pas plutôt aux tiers qui prétendent n'avoir pas été suffisamment instruits de l'étendue des pouvoirs du mandataire à prouver cette allégation? Delvincourt, sur l'art. 1997, t. VIII, p. 319, professe cette dernière opinion; mais il paraît difficile de poser à cet égard une règle générale."

L'opinion de Delvincourt est suivie par Rolland de Villargues, *Mandat*, n° 121. Delvincourt disait: " Qui devra prouver? Je pense que c'est le tiers: dès qu'il a traité avec le mandataire en cette qualité, la présomption est qu'il s'est fait communiquer son pouvoir."

(2) Add. *Un administrateur dont les pouvoirs sont déterminés par la loi, que tout le monde doit connaître, n'est-il pas en général garant envers les tiers des actes qu'il fait au delà de ses pouvoirs?* — Mazerat sur Demante, n°s 742, 718, répond: " Il ne faut pas conclure de l'art. 1997 qu'un administrateur, tel qu'un tuteur dont les pouvoirs sont déterminés par la loi, que tout le monde doit connaître, n'est pas en général garant envers les tiers des actes qu'il a fait au delà de son mandat. Outre que la maxime: *Nemo præsumitur ignorare legem*, est, à coup sûr, celle qui reçoit le plus d'exceptions, l'art. 1997 veut que la connaissance des pouvoirs *soit donnée* par le mandataire, et non qu'elle puisse arriver par une source étrangère, ce qui serait trop dangereux. Le mandataire qui excède ses pouvoirs sans en avertir le tiers avec lequel il contracte, n'agit pas de bonne foi. Il est toujours présumé les connaître mieux que ce tiers."

O. Leclercq, t. VI, p. 536, avait aussi posé et résolu la question en ces termes: " Un tuteur peut être considéré comme un mandataire légal de son pupille: s'il contracte pour une affaire de celui-ci sans se donner cette qualité, sera-t-il personnellement obligé d'exécuter l'engagement qu'il a pris? Je suppose que sa qualité soit connue, qu'il soit également connu que l'affaire appartient au pupille, je crois qu'il ne sera pas personnellement obligé, parce qu'on ne peut supposer, dans ce cas, qu'il soit survenu un changement dans les rapports qui lient le tuteur au pupille. Le premier ne peut devenir maître de l'affaire du mineur, ils ne peuvent contracter ensemble: il est donc censé contracter, même vis-à-vis des tiers, en sa qualité de tuteur. Dans le mandat ordinaire, les rapports entre le mandant et le mandataire peuvent avoir changé; quoique le tiers connaisse que celui avec lequel il contracte a un mandat, il sait

[ARTICLE 1718.]

1718. Il n'est pas censé avoir excédé les bornes de son mandat, lorsqu'il l'a rempli d'une manière plus avantageuse au mandant que celle qui était indiquée par ce dernier.

1718. He is not held to have exceeded his powers when he executes the mandate in a manner more advantageous to the mandator than that specified by the latter.

---

* *C. L.* 2980. } Le mandataire n'est pas considéré comme ayant excédé les bornes de son mandat, lorsqu'il a rempli la commission qui lui était donnée, d'une manière plus avantageuse pour le mandant que celle qui était exprimée dans la procuration.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1709, et *Pothier*, cité sur art. 1715.

---

* *Troplong, Mandat, sur art.* 1992 *C. N., no* 403 *et s.* } 403. Les ordres relatifs au prix doivent être également observés avec ponctualité, sans quoi le mandataire commet une faute. Acheter plus cher que le prix indiqué, vendre meilleur marché, sont des manquements qui donnent lieu à des dommages et intérêts, ou qui peuvent même autoriser le mandant à laisser l'opération pour le compte du mandataire (1).

On n'oubliera pas cependant qu'il y a quelquefois des impossibilités qui ne laisse pas au mandataire la liberté d'agir d'après ses instructions, et l'autorisent à se constituer *nego-*

aussi que ce n'est pas un obstacle à l'acquisition qu'il peut avoir faite de l'affaire qu'il traite, tandis que, dans le cas du tuteur, le mandat légal empêche celui-ci d'acquérir la moindre chose qui ait appartenu à son pupille."

(1) Delamarre et Lepoitevin, t. II, nos 160, 163, 168. Bruxelles, 20 juin 1819 (Dalloz, *Commissionnaire*, p. 752).

tiorum gestor du mandant à l'effet d'agir au mieux des intérêts de ce dernier (1).

Mais, en général, le mandataire doit s'en tenir à la lettre du mandant. Hors le cas d'impossibilité, il ne lui est permis de s'en écarter que lorsqu'il fait l'avantage du mandant : par exemple, si ayant pouvoir d'acheter au prix de 10, il achète au prix de 8 ; si, ayant pouvoir de vendre au prix de 20, il vend au prix de 25 (2).

Du reste, lorsque le mandataire, chargé de plusieurs ordres, dépasse sur un point le prix indiqué, tandis que sur d'autres il obtient des prix meilleurs, on pourra, suivant les circonstances, compenser le bénéfice avec la perte, et ne pas traiter le commissionnaire avec trop de rigueur. Ce tempérament trouve sa raison dans la loi 11, D., *de usuris.*

Il est vrai que la cour de Bruxelles a jugé le contraire en prenant pour point d'analogie l'article 1850 du code civil (3). Mais cette décision a été trouvée trop sévère par Delamarre et Lepoitevin (4) ; je pense aussi que toutes les fois qu'il y a connexité dans les ordres, on fera mieux de ne voir que le résultat de l'opération, et de sanctionner la compensation admise par la loi 11, D., *de usuris*, et surtout par Pomponius dans la loi 11, D., *de neg. gestis.* Ces textes sont plus en harmonie avec notre sujet que l'art. 1850 du code civil (5).

404. Lorsque le mandant laisse au mandataire la faculté d'agir au mieux de ses intérêts, cette latitude lui indique qu'on a compté sur sa vigilance et son industrie. Il doit donc au mandant tout ce que ce dernier a espéré de lui. Pour se

(1) *Suprà*, n°s 352, 353 et suiv. Delamarre et Lepoitevin, t. II, n°s 171, 176.

(2) Paul, l. 5, § 3, D., *mandati.*

(3) 20 juin 1819 (Dalloz, *Commissionnaire*, p. 752).

Pothier est de cet avis, n° 50, et après lui Duranton, t. XVIII, n° 244, et Zachariæ, t. III, p. 127 et 128.

(4) T. II, n° 147, dont l'avis est conforme à celui de plusieurs docteurs cités par Bruneman, sur la loi 4, C., *mandati. Infrà*, n° 433.

(5) Voy. *infrà*, n° 433, où ceci est traité avec plus de détails.

tenir au niveau de ses devoirs, il faudra qu'il se conduise comme font les pères de famille diligents (1). Agir comme il aurait fait pour lui-même ne suffit pas toujours. Quand on agit pour soi, il y a des choses qu'on est maître de négliger, ou même de sacrifier, et quelquefois on n'y regarde pas de trop près. Mais un mandataire n'a pas le droit de traiter ainsi les intérêts de son commettant; il ne doit rien faire qu'un père de famille diligent n'aurait fait à sa place.

1719. Il est censé avoir excédé les bornes de son mandat lorsqu'il fait seul quelque chose qu'il n'était chargé de faire que conjointement avec un autre.

1719. He is held to have exceeded his powers, when he does alone anything which, by the mandate, he is charged with doing conjointly with another.

---

* *ff. De inst. act., liv.* 14, *tit.* 3, *L.* 11, § 5. } § 5. Conditio autem præpositionis servanda est: quid enim, si certa lege, vel interventu cujusdam personæ, vel sub pignore voluit cum eo contrahi, vel ad certam rem? Æquissimum erit id servari in quo præpositus est. Item si plures habuit institores, vel cum omnibus simul contrahi voluit, vel cum uno solo: sed et si denunciavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri: nam et certam personam possumus prohibere contrahere, vel certum genus hominum, vel negotiatorum; vel certis hominibus permittere. Sed si aliàs cum alio contrahi vetuit, continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes (Ulpianus).

Ibidem, Trad. de M. Hulot. } 5. On doit observer la loi portée par l'acte qui prépose le commis; car ne

(1) Casaregis, disc. 36, n°s 13 et 32.

peut-il pas se faire que celui qui l'a préposé ait voulu qu'on ne pût contracter avec lui que sous certaines conditions, ou en présence d'une certaine personne, ou moyennant des gages, ou pour une certaine espèce de choses ? Il est juste qu'on observe ce qui aura été ainsi établi dans l'origine. De même que si celui qui a plusieurs commis, veut, ou qu'on soit obligé de contracter avec tous ensemble, ou qu'on puisse contracter avec un seul. S'il a même signifié à quelqu'un de ne pas contracter avec un tel, l'action n'aura pas lieu : car on peut défendre à certaine personne ou à une certaine compagnie de négocians ou autres de contracter, ou ne le permettre qu'à certaines personnes qu'on désigne. Mais si on défend de contracter tantôt avec l'un, tantôt avec l'autre, en variant continuellement, tous ceux qui auront contracté indistinctement auront action contre celui qui a préposé ; car les contractans ne doivent pas être abusée par ce jeu (ULPIEN).

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1709 ; *Pothier*, cité sur art. 1715, et *Story*, *Agency*, cité sur art. 1712.

---

* 1 *Domat* (*Remy*), *liv.* 1, *Tit.* 15, *sec.* 3, *n°* 14. } 14. Si de deux qui étaient constitués procureurs ensemble pour faire une chose que l'un pouvait faire sans l'autre, comme pour recevoir un paiement, ou pour faire une demande en justice, l'un l'a faite seul, il a consommé le pouvoir des deux ; et le second n'a plus de pouvoir pour ce qui est déjà fait. Mais si les deux étaient nommés pour traiter quelque affaire ensemble, et non l'un sans l'autre, rien n'engagerait le constituant, que ce qui serait géré par les deux ; car ils n'ont pu diviser le pouvoir qu'ils n'avaient qu'ensemble. Ainsi, par exemple, si deux personnes avaient un pouvoir indéfini de transiger sur un procès du constituant, et que l'un ait transigé sans l'autre, il pourra être désavoué ; car il n'avait pas le pouvoir de transiger seul ; et la présence de

l'autre aurait pu rendre la condition du constituant plus avantageuse. (C. civ. 1995, 2002.)

---

* *Story (Greenough) On Agency, ch. 4, § 38 et s.* } § 38. Let us, in the next place, proceed to the consideration of cases, where there are two or more principals and two or more agents (1). In regard to cases of two or more principals, it may be generally laid down, that if they have a several and distinct interest, no one of them can ordinarily appoint an agent for all the others, without the assent and concurrence of all of them. Thus, for example, if two persons, by a joint instrument, should consign two parcels of goods to a consignee for sale, the one being the owner of one parcel, and the other the owner of the other parcel; in such a case, no joint interest, or joint agency, would be created; but the consignee would become the several factor of each owner; and of course the owner of one parcel could not give instructions to the consignee, which would bind both, unless by the express or implied consent of the other (2). But this is true

(1) [Where a voluntary association of persons adopted by-laws, chose officers and directors, and organized themselves like a corporation, and authorized the directors to borrow money, and by the directors' authority the treasurer gave a promissory note for the money, and signed it "A. B. Treas'," it was held that all the members of the association were liable on the note. Walker *v.* Waitt, 50 Vt. 668. So where railroad corporations do business together, sharing profits and sending freight through on one or more combined lines, at their pleasure, and have a common office under the charge of a general agent, they are jointly liable on a contract made by a shipper of goods with such general agent. Barrett *v.* Ind. & St. Louis R. R. Co., 14 Am. Law Rev. 602. In such a case, one of the principals can sue another principal to recover money belonging to him, paid by the agent to the wrong party. Hathaway *v.* Cincinnatus, 62 N. Y. 454. See also Wood *v.* The Duke of Argyle, 6 M. & G. 928. — Ed.]

(2) See Hoar *v.* Dawes, Doug. 371; Coope *v.* Eyre, 1 H. Bl. 37; United Ins. Co. *v.* Scott, 1 John. 106. In many cases where a factor becomes the

only upon the supposition that the consignee knows the facts; for otherwise, he is at liberty to treat it as a joint consignment for the benefit of both; and then the instructions of either will, like the instructions of a partner, be binding upon the other; and both will become jointly liable to him for his commissions and disbursements (1).

§ 39. Upon the same ground, where different persons have separate and distinct, although undivided, interests in the same personal property, one of them cannot appoint an agent for all. Thus, for example, one tenant in common of a chattel cannot appoint an agent for both, to sell the property (2). The same doctrine is equally true with regard to joint tenants of a chattel (3). But in cases of partnership the rule is different; for, as has been already intimated, each partner is treated, as to the partnership business, as the agent of all, and capable of binding all (4). And each partner has an implied authority, at least in cases where the business is ordinarily done through the instrumentality of agents, to

agent of different owners, and upon the sales made by him there is a loss, it will be apportioned among them all. Some cases to this effect are stated in Malyne, Lex Merc. 80, 81; Molloy, de Jure Marit. B. 3, ch. 8, § 4; Corlies v. Cumming, 7 Cowen, 154; Post, § 179, note.

(1) See 1 Domat, B. 1, tit. 15, § 2, art. 5.

(2) See Abbott on Shipp. Pt. 1, ch. 3, §§ 2-7, pp. 68-76.

(3) See Com. Dig. *Estates*, K. 1, 6. [But an authorized order to sell, given by one joint owner, may be ratified by the other owner by the latter's joining in a power of attorney, enabling the agent to convey their respective shares. Keay v. Fenwick, L. R. 1 C. P. D. 745. Where a number of persons constitute a common agent for a common purpose, no one of them has a right to compel the agent to render a separate account to himself, Louisiana Trustees v. Dupuy, 31 La. Ann. 305; but where one of two tenants in common, representing himself as the agent of the other, sells the land owned by both, the purchaser's title will only attach to the interest of the tenant with whom he deals, Sewell v. Holland, 61 Ga. 608. See also Cunningham v. Washburn, 119 Mass. 224. — Ed.]

(4) Ante, § 37; Story on Partn §§ 1, 101, 125.

appoint an agent for the firm. Thus, one partner may consign a cargo to an agent or factor, for sales and returns; and his letter of consignment and instructions will bind the firm in that respect, although his partners may be ignorant of his acts. This expansion of the principle of the delegation of a partner's authority seems indispensable to the security and facility of commercial operations (1).

§ 40. In cases of part-owners of ships, there is some peculiarity in the law, growing out of the necessary adaptations of it to the exigencies and conveniences of commerce. Part-owners of ships are tenants in common, holding distinct but undivided interests; and each is deemed the agent of the others, as to the ordinary repairs, employments, and business of the ship, in the absence of any known dissent (2). But if any part-owner dissents, the others cannot bind his interest by their acts as agents, at least where the other party has notice of the dissent. A majority of the owners in interest have, however, a right to employ the ship, in case the minority dissent; and they may appoint a master of the ship, notwithstanding such dissent (3). And the master so appointed will, *virtute officii*, become entitled to bind all the owners by his acts in the ordinary business of the ship, unless the party dealing with him has notice of such dissent (4), or the

(1) See 3 Kent, Comm. Lect. 43, pp. 41, 44, 45 (4th ed.); Story on Partn. ch. 7, §§ 101-125; Chemung Canal Bank *v.* Bradner, 44 N. Y. 680; [Adansonia Fibre Co., *In re*, L. R. 9 Ch. App. 635; Bottomley *v.* Nuttall, 5 C. B. N. S. 122; Bullen *v.* Sharp, L. R. 1 C. P. 36].

(2) See 2 Bell, Comm. B. 7 ch. 2, §§ 4, 1222, 1223, p. 638 (4th ed.); Id. pp. 655, 656 (5th ed.); Story on Partn. §§ 412-440; Curling *v.* Robertson, 7 Mann. & Gr. 341; [Holladay *v.* Daily, 19 Wall. 607].

(3) Abbott on Shipp. Pt 1, ch. 3, §§ 2-9, pp. 68-77, and notes to Amer. ed. 1829; Id. Pt. 2, ch. 4, §§ 1, 6, note to p. 133; 1 Bell, Comm. B. 3, Pt. 1, ch. 5, § 433, p. 412 (4th ed.); Id. pp. 506, 507 (5th ed.); Story on Partn. §§ 418-452.

(4) [If a husband and wife own a vessell of which he is master, she is jointly liable with him on contracts for its employment made by him

dissenting owners have, by proper proceedings in the court of admiralty, placed themselves in a position not to be deemed owners for the voyage, undertaken by the majority (1).

§ 41. The civil law adopted a policy substantially the same. If there were several owners or employers of a ship, each of them was liable *in solido*, and not merely in proportion to his share, for all the acts of the others in relation to the common concerns of the ship; and the master was treated as the common agent of all, and entitled to bind all. " Si plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest. Nec quicquam facere, quotam quisque portionem in nave habeat; eumque qui præstiterit, societatis judicio a cæteris consecuturum (2). Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, hujus nomine in solidum poterunt conveniri " (3). And this rule applied not only in

within the scope of the master's authority. Reiman *v.* Hamilton, 111 Mass. 245. And part-owners by joint employment of a ship become partners in respect to the adventure. Bovill *v.* Hammond, 6 B. & C. 149. See also Keay *v.* Fenwick, L. R. 1 C. P. D. 745. — Ed.]

(1) Abbott on Shipp. Pt. 1, ch. 3, § 4, pp. 70-72, 74, note (1), (Amer. ed. 1829); Id. Pt. 2, ch. 2, § 2, pp. 90, 91; Story on Partn. §§ 427-440.

(2) Dig. Lib. 14, tit. 1, l. 1, § 25; Id. l. 3, Pothier, Pand. Lib. 14, tit. 1, n. 10; Pothier on Oblig. n. 450.

(3) Dig. Lib. 14, tit. 1, l. 4, § 1; Id. tit. 3, l. 13, § 2; Pothier, Pand. Lib. 14, tit. 1, n. 10, 11, 13; Id. tit. 3, n. 19; Heinecc. ad Pand. Pt. 4, Lib. 14, tit. 1, § 140; 1 Voet, ad Pand. Lib. 14, tit. 1, § 5; 1 Domat, B. 1, tit. 16, § 3, arts. 6, 7; Ersk. Inst. B. 3, tit. 3, §§ 43, 45. There are some real or apparent exceptions to the generality of the rule; for it is said, almost in the same connection: Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur; neque enim invicem sui magistri videntur. Dig. Lib. 14, tit. 1, l. 4; 1 Domat, B. 1, tit. 16, § 3, art. 7. From this passage it would seem, that although each was liable for the whole charge, where the contract was made by a master appointed on behalf of all; yet, where they all acted in the ship's business without any master, each was liable only for his share or proportion. Probably this was applied to cases, where the party, dealing with them, know the several interest of each, and contracted with each in regard to his share

cases of contracts made by the master with strangers, but in contracts made with one of the owners or employers. "Si unus ex his exercitoribus cum magistro navis contraxerit, agere cum aliis exercitoribus poterit" (1).

§ 42. (2.) In regard to two or more agents. It is a general rule of the common law, that where an authority is given to two or more persons to do an act, the act is valid to bind the principal, only when all of them concur in doing it; for the authority is construed strictly, and the power is understood to be joint and not several (2). Hence it is, that if a letter of attorney is made to two persons, to give or to receive livery, both must concur in the act, or the livery is void (3). So, if an authority is given to two persons jointly to sell the property of the principal, one of them cannot separately execute the authority (4). Indeed, so strictly is the authority

only. Voet, in commenting upon this passage, uses the following language: Nisi singula per se navem exerceant sine magistri ministerio, tunc enim; quia invicem sui magistri non sunt, pro proportionibus Exercitionis singuli conveniendi forent. 1 Voet, Comm. Lib. 14, tit. 1, § 5. See also Pothier, Pand. Lib 14, tit. 1, n. 10, 11; Ersk. Inst. B. 13, tit. 3, § 45, n. 13. Among the maritime nations of the continent, Heineccius seems to think that the rule, that all the employers shall be liable in solido, does not prevail (vix datur); at least that it does not prevail in Holland. Heinecc. ad Pand. Pt. 3, Lib. 14, tit. 1, § 142. See Pothier on Oblig. n. 450, 451; Ersk. Inst. B. 3, tit. 3, § 45.

(1) Lig. Lib. 14, tit. 1, l. 5, § 2; Pothier, Pand. Lib. 14, tit. 1, n. 9-11, 13.

(2) Inhab. of Parish in Sutton *v.* Cole, 3 Pick. 232; Damon *v.* Inhab. of Granby, 2 Pick. 345; Kupfer *v.* Inhab. of South Parish in Augusta, 12 Mass. 185; Low *v.* Perkins, 10 Vt. 532; [Despatch Line of Packets *v.* Bellamy Manufact. Co., 12 N. H. 226; Post, § 139 *a*; Woolsey *v.* Tompkins, 23 Wend. 324; Johnston *v.* Bingham, 9 Watts & Serg. 56; Heard *v.* March, 12 Cush. 580; Cross *v.* The United States, 24 Boston Law Rep. 224; Rollins *v.* Phelps, 5 Min. 463; Hartford Fire Ins. Co. *v.* Wilcox, 57 Ill. 180.]

(3) Co. Litt. 49 b, 112 b, 413, and Harg. n. 2, id. 181 b; Com. Dig. *Attorney*, C. 11; Green *v.* Miller, 6 John. 39.

(4) Copeland *v.* Merc. Ins. Co., 6 Pick. 198; Post, § 139 a.

construed, that if it be given to three persons jointly and severally, two cannot properly execute it; but it must be done by one, or by all (1). However, the rule of interpretation is not so rigid, as to overcome the apparent intent of the party, if the words can be so construed, as to reach the case. Thus, if an authority be given to A. and B., or either of them, a joint execution, or a several execution by either of them, will be a valid execution of it (2). So, a power of attorney by a party to fifteen persons named therein, as his attorneys, "jointly and separately for him and in his name, to sign and order all such policies as they, his said attorneys, *or any of them*," should jointly and separately think proper, has been held to make a policy, executed by four of these persons, binding upon the principal (3).

(1) Co. Co. Litt. 181 b; Com. Dig. *Attorney*, C. 11; 1 Roll. Abridg. *Authoritie*, p. 329, B. 7; Bac. Abridg. *Authority*, C. See Guthrie *v.* Armstrong, 5 B. & Ald. 628. This doctrine is regularly true in relation to private agencies only; for in public agencies an authority executed by a majority would be held obligatory, and a good execution of it. Lord Coke (Co. Litt. 181 b) takes notice of this distinction and says: "Secondly, there is a diversity between authorities created by the party for private causes, and authority created by law, for execution of justice." 1 Roll. Abridg. 329, l. 5; Com. Dig. *Attorney*, C. 15; Bac. Abridg. *Authority*, C. See also Green *v.* Miller, 6 Johns. 39; Grindley *v.* Barker, 1 Bos. & Pull. 229, 234; The King *v.* Beeston, 3 T. R. 592; (Sprague *v.* Bailey, 19 Pick. 436; Williams *v.* Lunenburgh, 21 Pick. 75; Martin *v.* Lemon, 26 Conn. 192; People *v.* Batchelor, 28 Barb. 310; Cooley *v.* O'Connor, 12 Wall. 391).

(2) Co. Litt. 49 b; Dyer, 62; [Cedar Rapids, &c., R. R. Co. *v.* Stewart, 25 Iowa, 115].

(3) Guthrie *v.* Armstrong, 5 B. & Ald. 628. [But where two persons are appointed agents jointly to take charge of the business of their principal for a specified time, and one of them becomes incapacitated, the business cannot be conducted by the other alone. Salisbury *v.* Brisbane, 61 N. Y. 617; and an authority to B. and C. to use the principal's name as an indorser can only be executed by the two persons jointly. Union Bank *v.* Beirne, 1 Grat. 226. But this rule applies only where the authority is given to the agents by the act of the principal, and not where it is

[ARTICLE 1720.]

§ 43. The same strictness in principle, although not perhaps the same strictness in the construction of the language of the authority, prevailed in the civil law; for in that law the agent was bound to follow the terms of the agency. " Diligenter fines mandati custodiendi sunt (1). Conditio autem præpositionis servanda est. Quid enim, si certa lege, vel interventu cujusdam personæ vel sub pignore, voluit cum eo contrahi, vel ad certam rem ; æquissimum erit, id servari, in quo præpositus est " (2). And if the authority was delegated to several, care was to be taken to ascertain whether all were required to act together, or whether one alone might act; for otherwise the act of one would be void. " Item, si plures habuit Institores; vel cum omnibus simul contrahi voluit, vel cum uno solo " (3).

CHAPITRE TROISIÈME.	CHAPTER THIRD.
DES OBLIGATIONS DU MANDANT.	OF THE OBLIGATIONS OF THE MANDATOR.
SECTION I.	SECTION I.
DES OBLIGATIONS DU MANDANT ENVERS LE MANDATAIRE.	OF THE OBLIGATIONS OF THE MANDATOR TOWARD THE MANDATARY.
1720. Le mandant est	1720. The mandator is

conferred upon them by law. Jewett *v.* Alton, 7 N. H. 253; Scott *v.* Detroit Society, 1 Doug. (Mich) 119; Caldwell *v.* Harrison, 11 Ala. 755. Thus, where power for a public purpose is delegated to a certain number, the decision of a majority governs. Soens *v.* Racine, 10 Wis. 271; Worcester *v.* Railroad Com., 113 Mass. 161. — Ed]

(1) Dig. Lib. 17, tit. 1, l. 5 ; Post, §§ 70, 87, 88, 174.

(2) Dig. Lib. 14, tit. 3, l. 11, § 5 ; Pothier, Pand. Lib. 14, tit. 3, n. 16 ; Post, §§ 70, 174.

(3) Dig. Lib. 14, tit. 3, l. 11, § 5; Pothier, Pand. Lib. 14, tit. 3, n. 16 ; 1 Domat, B. 1, tit. 15, § 3, art. 14 ; 1 Stair, Inst. by Brodie, B. 1, tit. 12, § 13.

tenu d'indemniser le mandataire pour toutes les obligations que ce dernier a contractées avec les tiers, dans les limites de son mandat, ainsi que pour tous les actes qui excèdent telles limites, lorsqu'ils ont été ratifiés expressément ou tacitement.

bound to indemnify the mandatary for all obligations contracted by him toward third persons, within the limit of his powers; and for acts exceeding such powers, whenever they have been expressly or tacitly ratified.

---

* *C. N.* 1998. } Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné.

Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement.

---

* *ff. De Mand., vel contr., liv.* 17, *tit.* 1, *L.* 45 *in pr., et* § 5. } Si mandatu meo fundum emeris, utrum, cùm dederis pretium, ageres mecum mandanti, an et antequam des, ne necesse habeas res tuas vendere? Et rectè dicitur, in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem, quæ adversus te venditori competit: nam et ego tecum agere possum, ut præstes mihi adversus venditorem empti actiones.

§ 5. Quotiens autem antè solutam pecuniam mandati agi posse diximus, faciendi causa, non dandi tenebitur reus: et est æquum, sicut mandante aliquo actionem nacti cogimur eam præstare judicio mandati, ita ex eadem causa obligatos habere mandati actionem, ut liberemur (Paulus).

Ibidem, *Trad. de M. Hulot.* } Si vous avez acheté un fonds que je vous avois chargé de me faire avoir, n'aurez-vous contre moi l'action du mandat, qu'autant que vous en aurez payé le prix, ou aurez-vous cette action même avant de l'avoir payé, afin que vous ne soyez pas obligé de

vendre vos effets pour faire ce paiement? On peut dire que vous avez contre moi l'action du mandat à l'effet de me forcer à prendre sur moi l'obligation par laquelle vous êtes engagé envers le vendeur: car j'aurois moi-même contre vous l'action du mandat pour vous forcer à me transporter l'action que vous avez acquise contre le vendeur.

5. Dans tous les cas où nous avons dit qu'on pouvoit intenter l'action du mandat avant d'avoir payé, le mandant ne sera condamné qu'à faire et non à donner; et il est juste que, comme le mandataire est obligé de transporter au mandant l'action qu'il a acquise en conséquence du mandat, le mandant soit aussi obligé de le libérer des obligations auxquelles ils s'est soumis (PAUL).

---

* 1 *Domat* (*Remy*), *liv.* 1, *tit.* 15, *sec.* 2, *n*° 1. } Celui qui a donné une procuration, une commission ou un autre ordre à un absent, commence d'être engagé envers lui dès le moment que celui à qui il a donné l'ordre, a commencé de l'exécuter, et son premier engagement est d'approuver et ratifier ce qui aura été fait suivant le pouvoir qu'il avait donné. (C. civ. 1998).

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Mandat*, *n*° 80 *et s.* } ART. II. — DE L'OBLIGATION QUE CONTRACTE LE MANDANT DE PROCURER AU MANDATAIRE LA DÉCHARGE DES OBLIGATIONS QUE CE MANDATAIRE A CONTRACTÉES POUR L'EXÉCUTION DU MANDAT.

80. Le mandant doit indemniser entièrement le mandataire de la gestion de l'affaire dont il a bien voulu se charger. Cette indemnité ne consiste pas seulement à rembourser le mandataire des déboursés qu'il a faits; il faut, pour que l'indemnité soit entière, qu'il soit déchargé des obligations qu'il a contractées pour l'exécution du mandat. Le mandant est donc obligé, *obligatione contrariâ mandati*, de lui procurer cette décharge, pourvu que le mandataire ait été obligé de contracter ces obligations pour la gestion de l'affaire qui

faisait l'objet du mandat, et sans qu'il y ait aucune faute de sa part.

Le mandant peut s'acquitter de cette obligation, de deux manières, ou,—1° en rapportant au mandataire un acte par lequel le créancier envers qui le mandataire s'est obligé, déclare qu'il décharge le mandataire, et qu'il accepte le mandant pour seul débiteur en sa place; ou, — 2° en payant la dette.

Lorsque le mandant ne peut pas procurer de la première manière au mandataire la décharge des obligations qu'il a contractées, parce que les créanciers ne veulent pas décharger le mandataire, le mandant est obligé de la lui procurer de la seconde manière, c'est-à-dire en payant la dette que le mandataire a contractée pour la gestion du mandat.

Ces principes sont conformes à la décision de Paul: *Si mandato meo fundum emeris, utrùm quum pretium dederis ages mecum mandati, an et antequàm des? Et rectè dicitur, in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem quæ adversùs te venditori competit;* L. 45, ff. *Mand.*

Est æquum (nous dit le même Paul), *sicut mandante aliquo actionem nanti, cogimur eam præstare judicio mandati; ità ex eâdem causâ obligatos, habere mandati actionem, ut liberemur; eâd.* L. 45, § 5.

81. Il suffit que le mandataire ait contracté l'obligation pour l'affaire dont il s'est chargé, et que cette affaire l'exigeât, pour que le mandant soit tenu de l'en indemniser, quand même, par quelque accident survenu, il n'en aurait pas profité.

Par exemple, si j'ai fait un emprunt pour la gestion d'une affaire dont vous m'avez chargé, avec déclaration que j'ai fait cet emprunt pour la gestion de votre affaire, pour laquelle il y avait de grosses avances à faire; si, depuis que j'ai fait cet emprunt, avant que j'aie pu employer la somme à votre affaire, cette somme, par un accident de force majeure, m'a été volée; quoique je ne l'aie pas employée à votre affaire, et que vous n'ayez pas profité de l'emprunt, vous ne laisserez

pas d'être tenu de m'en indemniser : *Si procurator meus in negotia mea impensurus, pecuniam mutuatus, sine culpâ eam perdiderit, rectè eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum ;* L. 17, ff. *De in rem verso.*

ART. III. — DE L'ACTION QUI NAÎT DES OBLIGATIONS DU MANDANT.

82. Des obligations du mandant naît l'action *contraria mandati*, qu'a le mandataire contre le mandant, pour se faire rembourser des déboursés qu'il a faits, et se faire décharger des obligations qu'il a contractées pour l'exécution du mandat.

Lorsque le mandataire a été chargé du mandat par plusieurs personnes, il peut intenter cette action solidairement contre chacun des mandants : *Paulus respondit unum ex his mandatoribus in solidum elegi posse, etiamsi non sit concessum in mandato* ; L. 59, § 3, ff. *Mand.*

Despeisses est d'avis contraire, et il se fonde sur ce que Paul ajoute : *Post condemnationem autem in duorum personam collatam, necessario ex causâ judicati singulos pro parte dimidiâ convenire posse et debere.*

Cela ne dit pas qu'ils ne soient pas tenus solidairement : mais quoiqu'ils soient tenus solidairement, néanmoins s'il n'est pas porté par la sentence de condamnation rendue contre les deux, qu'*ils sont condamnés solidairement*, la condamnation ne pourra pas s'exécuter solidairement, parce que la solidité doit être exprimée par la sentence.

Au reste, lorsqu'il y a plusieurs *mandatores pecuniæ credendæ*, ils ont l'exception de division à l'instar des cautions ; mais cette exception doit être opposée.

Quand même l'affaire ne concernerait que l'un des deux mandants, chacun d'eux ne laisse pas d'être tenu de cette action : *Si secundùm mandatum Triphonis et Felicis, equos tuâ pecuniâ comparatos, uni de his utriusque voluntate dedisti, ad parendum placitis eos mandati judicio conventos bona fides urget ;* L. 14, Cod. *Mand.*

83. Cette action ne peut avoir lieu que contre le mandant.

ou ses héritiers : c'est pourquoi, quoique ce soit votre affaire que j'aie gérée, si ce n'est pas de votre ordre, mais de l'ordre de Pierre que je l'ai gérée, ce n'est pas contre vous que j'ai l'action *contraria mandati*, ce n'est que contre Pierre mon mandant que j'ai cette action : *Quum mandato alieno pro te fidejusserim, non possum adversùs te habere actionem mandati ;* L. 21, ff. *Mand.*

Néanmoins Pierre ayant action contre vous pour l'indemniser de l'action que j'ai contre lui afin que je sois remboursé des déboursés que j'ai faits dans votre affaire, je serai reçu, non pas de mon chef, *et ex propriâ personâ*, mais comme exerçant à cet égard les droits de Pierre, mon mandant et mon débiteur, à vous demander, *omisso circuitu*, le remboursement de mes déboursés, dont vous êtes tenu envers Pierre, et dont Pierre est tenu envers moi.

84. Le mandataire peut ordinairement intenter l'action *contraria mandati* contre le mandat, aussitôt qu'il a fait des déboursés ou qu'il a contracté des obligations pour l'exécution du mandat.

Néanmoins, lorsque l'objet principal du mandat était que le mandataire souscrivît un cautionnement pour le mandant, le mandataire qui a souscrit ce cautionnement ne peut ordinairement exercer l'action *contraria mandati* qu'après qu'il a payé, ou qu'il est poursuivi pour le paiement, si ce n'est en certains cas, sur lesquels *voyez* notre *Traité des Obligations*, part. 2, chap. 6, sect. 7, art. 2 et 3.

La raison est tirée de la nature particulière de ce mandat, qui a pour fin de procurer au mandant du crédit et du temps pour acquitter la dette pour laquelle il se fait cautionner: l'office que lui rend le mandataire dans ce cas, lui serait préjudiciable, au lieu d'être un bon office, si ce mandataire pouvait le poursuivre incontinent pour le contraindre à payer le créancier, afin d'être déchargé de son cautionnement.

85. Le mandant n'est pas reçu, pour se défendre de l'action *mandati*, à offrir d'abandonner au mandataire tout ce qui est provenu de l'affaire qui a fait l'objet du mandat: *Si mihi*

mandaveris ut rem tibi aliquam emam.... impendi aliquid bonâ fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio, etsi, rem emptam nolis recipere ; simili modo, et si quid aliud mandaveris, et in id sumptum fecero ; L. 12, § 9, ff. *Mand.*

Voy. *Story*, Bailments, cité sur art. 1713.

---

5 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), *Du Mandat*, § 754. } § 754. *Des obligations du mandant.*—Actio mandati contraria.

1° Le mandant (1) doit rendre le mandataire indemne des conséquences de l'affaire qu'il a gérée pour lui. Il doit, par conséquent, exécuter les engagements contractés par le mandataire en vertu du pouvoir qui lui a été donné et dans les limites de ce pouvoir (2), art. 1998.

Il doit, par la même raison, rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat (3) et les intérêts de ces frais et avances (4), du jour

(1) Toutefois, le mandat donné par un officier public en cette qualité ne l'oblige point personnellement, Cass., 24 mars 1825. [V. aussi Cass., 17 juill. 1838, S. V., 38, 1, 577.] (Massé et Vergé).

(2) V. Pothier, n. 80 ; [V. aussi § 755.] (Massé et Vergé).

(3) [Peu importe que le mandataire ait fait les avances avec ses propres fonds, ou avec les fonds d'un tiers ; peu importe même que ce tiers ait fait don au mandataire des fonds fournis pour les avances ; c'est là une libéralité dont le mandant ne doit pas profiter, Pothier, n. 73 ; Duranton, 18, n. 267 ; Troplong, n. 623 ; Dalloz, n. 319. — Le mandant est tenu de rembourser au mandataire les avances par lui faites, alors même qu'il aurait cédé à un tiers une partie de ses droits sur l'objet du mandat, ce tiers restant étranger au mandataire, Cass., 11 fév. 1834, S. V., 34, 1, 713, V. aussi Cass., 6 avr. 1841, S. V., 41, 1, 592. — Le mandataire ne peut d'ailleurs réclamer que les déboursés qu'il a faits de bonne foi et pour le bien de la chose. V. Troplong, n. 624 et s. Rien n'empêche, au surplus, de convenir que le mandataire ne recevra qu'une somme fixe pour ses avances, ou qu'au moyen d'un salaire déterminé il ne pourra demander le remboursement des avances qu'il aura pu faire, Troplong, n. 629 ; Dalloz, n. 326.] (Massé et Vergé).

(4) Mais non les intérêts du salaire qui lui a été promis, Cass., 10 fév. 1836, S. V., 36, 1, 512.—Les notaires ont-ils droit aux intérêts des sommes

où ils ont été faits (1) et constatés (2). Le mandant, si d'ail-

par eux avancées pour l'enregistrement de leurs actes? V. Cass, 30 mars 1830 ; trib. de la Flèche, 10 juin 1833 ; Cass., 11 nov. 1833. [L'affirmative a été jugée par le jugement précité du tribunal de la Flèche, par la Cour de Grenoble, le 14 juill. 1838, S. V., 59, 2, 154, et par la Cour de Riom, le 8 déc. 1838, S. V., 39, 2, 419. Mais la négative a été consacrée avec raison par les deux arrêts précités de la Cour de cassation, les avances dont il s'agit n'étant pas faites par le notaire comme mandataire, mais en exécution d'une obligation personnelle qui lui est imposée par sa fonction, aux termes des art. 29 et 30 de la loi du 28 frim. an VII. V. en ce sens, Caen, 7 juin 1837, S. V., 37, 2, 409 ; Cass., 24 juin 1840, S. V., 40, 1, 503 ; Dijon, 22 avr. 1844, S. V., 46, 2, 31 ; Cass., 18 mars 1850, S. V., 50, 1, 381 ; Orléans, 2 déc. 1853, S. V., 55, 2, 298 ; Troplong, n. 684. — Mais le notaire qui, en qualité de mandataire, a fait des avances pour un client, a droit, comme tout autre mandataire, à l'intérêt de ses avances, du jour où elles sont constatées, Cass., 31 déc. 1845, S. V., 46, 1, 616. — Sur les avances des avoués, V. la note suivante.] (MASSÉ et VERGÉ).

(1) [Le mandataire a droit aux intérêts, non-seulement des sommes qu'il a déboursées pour le mandant, mais encore de celles que, sur l'ordre de ce dernier, il tient à sa disposition, Cass., 31 déc. 1845, S. V., 46, 1, 616 ; Troplong, n. 677 ; Dalloz, n. 350.—Les avances faites par le mandataire sont productives d'intérêts, alors même qu'au moment où elles ont eu lieu le mandataire avait entre les mains des valeurs appartenant au mandant, si ces valeurs n'étaient pas liquides et si l'urgence de la dépense n'avait pas permis d'attendre leur liquidation, Troplong, n. 678 ; Dalloz, n. 351. V. aussi Bordeaux, 12 mars 1834, S. V., 32, 2, 109.—Mais le mandataire ne peut, sans avoir mis en demeure le mandant, réclamer l'intérêt d'une créance qu'il a contre ce dernier, sous le prétexte qu'il s'en serait payé lui-même et qu'il aurait ainsi fait une avance pour le mandant, Dalloz, n. 352 ; Cass., 14 av. 1829. Il est à remarquer, d'ailleurs, que le mandataire en retard de rendre son compte ne peut réclamer l'intérêt des avances qu'il a faites pour son mandant, puisque, tant que le compte n'a pas été rendu, on ne peut reconnaître si le mandataire a fait des avances, Cass., 21 juill. 1819 ; Dalloz, n 359. — Les intérêts des avances doivent être alloués au taux légal ; si donc le mandat a un caractère commercial, les intérêts des avances faites par le mandataire doivent lui être alloués à raison de 6 pour 100, bien que le mandant ne soit pas négociant, Cass., 18 fév. 1836, S. V., 36, 1, 946.] — En ce qui touche les avances des avoués, V. Cass., 23 mars 1819, 7 nov. 1825 ; Bourges, 26 avril 1830 ; Toulouse, 15 nov. et 11 mai 1831, S. V., 32, 2,

leurs le mandataire n'est pas en faute, ne peut se refuser à faire ce remboursement sous prétexte que l'affaire n'aurait pas réussi, ni demander la réduction de ces frais et avances sous le prétexte qu'ils auraient pu être moindres (3).

Enfin, le mandant doit également indemniser le mandataire des pertes (4) que celui-ci a éprouvées à l'occasion de sa gestion (5), pourvu qu'il n'y ait pas faute de sa part (6), art. 1999 à 2001.

104 et 581 ; Toulouse, 20 mars 1833, S. V., 33, 2, 484. [Ces arrêts décident que les avoués, de même que les notaires, étant obligés de faire ces avances pour l'accomplissement de leurs fonctions, n'ont droit aux intérêts des sommes avancées qu'à partir de la demande en justice. V. encore dans le même sens, Rennes, 28 mars 1851, S. V., 52, 2, 571 ; Nancy, 8 janv. 1852, S. V., *eod.;* Douai, 29 déc. 1852, S. V., 53, 2, 559.] (MASSÉ et VERGÉ).

(2) [C'est-à-dire du jour où il est constaté que les avances ont été faites, et non pas seulement du jour où cette constatation a eu lieu. V. Cass., 16 mai 1836, S. V., 37, 2, 135, et Troplong, n. 674. — Le mandataire doit justifier, soit de ses avances, soit de l'époque où elles ont été faites, par les moyens de preuves ordinaires. V. Cass., 10 juin 1828, Bordeaux, 30 nov. 1830 ; Dalloz, n. 331 et 361 ; Troplong, n. 679.] (MASSÉ et VERGÉ).

(3) L. 57, § 4, Dig. *Mandati ;* Pothier, n. 78 ; Maleville sur l'art. 1999. L'art. 1999 n'exclut pas cependant toute réduction sur les dépenses faites. Duranton, 18, n. 266. [Ainsi il y a lieu à réduction des frais et avances qui excèdent le taux déterminé par la loi ou par la convention. V. Cass., 19 janv. 1831, S. V., 31, 1, 158 ; Paris, 18 avr. 1836, S. V., 36, 2, 503 ; Troplong, n. 629 ; Dalloz, n. 327. — Le mandataire ne peut non plus demander le remboursement de ce qu'il a payé, alors qu'il pouvait se dispenser de faire le payement, Cass., 15 mars 1821 ; Dalloz, n. 330.] (MASSÉ et VERGÉ).

(4) Mais non du temps dépensé, Pothier, n. 77. [Sauf le cas où un salaire a été stipulé en proportion du temps employé.] (MASSÉ et VERGÉ).

(5) [Il n'est donc pas nécessaire que la gestion ait été, comme le voulait Pothier, n. 74 et s., la *cause* directe de la perte, il suffit qu'elle en ait été l'occasion, Duranton, 18, n. 269 ; Troplong, n. 660 et s. ; Dalloz, n. 364 ; Paris, 14 août 1852, Dall., 53, 2, 75. — Le mandataire a droit à une indemnité aussi bien lorsque le mandat est salarié que lorsqu'il est gratuit, Duranton, *ibid. ;* Delamarre et Le Poitvin, 2, n. 317 et 318 ; Trop-

2o Le mandant doit payer au mandataire le salaire promis, ou légalement dû (1), lors même que l'affaire n'aurait pas

long, n. 671 ; Dalloz, n. 366. — A plus forte raison le mandataire doit-il être indemnisé lorsque la perte a été causée par la faute ou la malice du mandant, Troplong, n. 670 ; Dalloz, n. 367 ; Cass., 29 mars 1832, S. V., 32, 1, 288.] (MASSÉ et VERGÉ).

(6) [Troplong, n. 673. Mais le mandataire doit être indemnisé même des pertes causées par un accident ou un cas de force majeure, survenu dans l'exécution du mandat, Troplong, n. 663 et s.] V. aussi Duranton, 18, n. 269. (MASSÉ et VERGÉ).

(1) Tels sont les frais et honoraires des avoués, qui sont réglés par un tarif spécial. V. Cass., 25 janv. 1813. [En effet, bien que la loi ne parle que du salaire qui a été promis, elle ne s'applique pas moins au salaire qui est de droit, tel que celui des notaires, des avoués et des avocats. Elle s'applique également au salaire qui est tacitement convenu en matière commerciale.—Lorsque les parties sont convenues d'un salaire, sans en fixer le chiffre, les tribunaux doivent arbitrer la somme due au mandataire, Bordeaux, 15 fév. 1827; Cass., 6 avr. 1841, S. V., 41, 1, 592; Dalloz, n. 334. — On décide même d'une manière assez générale que le salaire du mandataire peut être réduit par les tribunaux, s'il paraît exagéré. V. Troplong, n. 632 ; Dalloz, n. 75 ; Paris, 20 nov. 1854, S. V., 54, 2, 688; Cass., 7 fév. 1855, S. V., 55, 1, 530; 18 avr. 1855, S. V., 55, 1, 527; Paris, 12 janv. 1856, S. V., 56, 2, 293, et 23 sept. 1857, S. V., 57, 2, 599 ; Bordeaux, 12 fév. 1857, S. V., 58, 2, 554. Toutefois, cette solution contraire au principe général qui veut que les conventions librement faites deviennent la loi des parties nous semble assez difficile à admettre, sauf les cas de fraude ou d'erreur. V. Demolombe, *Rev. de législ.*, 26, p. 447 ; sauf également le cas où les honoraires du mandataire ayant été fixés par une loi d'ordre public, les parties seraient convenues d'honoraires plus élevés que ceux qui sont fixés par la loi. C'est ainsi qu'il a été jugé avec raison que la taxe des honoraires des notaires peut être requise par le client, alors même que ces honoraires auraient été l'objet d'un règlement amiable volontairement exécuté, Cass., 14 nov. 1853, S. V., 53, 1, 251, et 22 août 1854, S. V., 54, 1, 614.—A moins de stipulation contraire, le mandataire ne peut réclamer son salaire avant l'achèvement de l'affaire qui a donné lieu au mandat, Bordeaux, 7 déc. 1831. Dall., 32, 2, 89; Dalloz, n. 335 ;... encore bien que la chose dont il avait été chargé se trouve accomplie, mais par les soins d'un autre, Cass., 11 nov. 1834, S. V., 35, 1, 719. V. cependant Cass., 18 juill. 1843, S. V., 43, 1, 908. — En général, et sauf les cas de faute ou de négligence, le mandant ne peut

réussi, pourvu qu'il n'y ait pas faute de la part du mandataire, art. 1999, alin. 1. Mais cette obligation cesse par la révocation du mandat (1).

être autorisé à retenir, le salaire du mandataire jusqu'à ce que celui-ci ait rendu son compte. Tout au plus pourrait-il être autorisé à obliger le mandataire à fournir caution. Rennes, 9 avr. 1827.—Le mandataire qui, par négligence, n'a pas rempli son mandat, n'a aucun droit aux honoraires promis ; Rouen, 16 fév. 1829 ; à plus forte raison quand il se rend coupable de dol ou de fraude, Delamarre et Le Poitvin, 2, n. 289 et 292 ; Troplong, n. 635 ; Dalloz, n. 343. — On s'est demandé si le mandataire a droit au salaire stipulé lorsque l'exécution du mandat a été empêchée par force majeure. Il faut distinguer : si la force majeure s'est produite avant que l'affaire ait été entreprise, le mandat a pris fin avant d'avoir été exécuté, et il ne peut être question de salaire. Si la force majeure, survenue alors que l'exécution a déjà commencé, tombe sur le mandataire, celui-ci ne peut réclamer qu'une indemnité à raison des actes utiles par lesquels il avait préparé l'affaire ; où, lorsqu'un traitement mensuel lui a été promis, son salaire pour le temps écoulé avant la force majeure. Enfin, si la force majeure tombe sur le mandant, le mandataire ne peut réclamer aucun salaire dans le cas où les choses sont encore entières, et dans le cas contraire il n'a encore droit qu'à une indemnité proportionnelle, Troplong, n. 641 et s. ; Dalloz, n. 345. — Quand, dans les diverses hypothèses qui précèdent, le salaire a été payé d'avance, il est sujet à répétition dans les proportions ci-dessus indiquées, à moins qu'il n'y ait lieu de supposer, d'après les circonstances, que le mandant, en le payant d'avance, a renoncé à tout droit de répétition, Troplong, n. 641 et s. — Le mandant est tenu de payer le salaire du tiers que le mandataire s'est substitué, pourvu, bien entendu, que cette substitution ait été forcée : si elle avait été volontaire, le mandant ne devrait rien, Delamarre et Le Poitvin, 2, n. 295 ; Troplong, n. 640 ; Dalloz, n. 344.—L'action du mandataire en payement, tant de son salaire que de ses avances et frais, dure trente ans, Bordeaux, 15 fév. 1827 ; sauf les exceptions introduites par les art. 2272 et 2273, à l'égard de certains mandataires, tels que les avoués et les huissiers. (Massé et Vergé).

(1) Bruxelles, 24 fév. 1810. [Dans l'espèce de cet arrêt le mandataire avait continué de gérer nonobstant sa révocation, et il a été jugé qu'il cessait d'avoir droit au salaire promis. A plus forte raison cesse-t-il d'y avoir droit, si la révocation intervient avant tout commencement d'exécution, ou si elle est motivée par la négligence du mandataire, Agen, 20 nov. 1811 ; Rouen, 16 avr. 1829.— Si cependant la révocation a lieu pen-

[ARTICLE 1720.]

Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune (1), chacun des mandants est tenu solidairement envers lui de toutes les conséquences (2) du mandat (3), art. 2002.

dant l'exécution du mandat, il peut être accordé une indemnité proportionnelle au mandataire, à raison du préjudice qu'il en éprouve, Cass., 6 mars 1827 ; Delamarre et Le Poitvin, 2, n. 290 ; Troplong, n. 652 ; Dalloz, n. 346.]— Celui qui a employé des moyens frauduleux pour se faire constituer mandataire n'a droit à aucun salaire, Cass., 7 août 1837, S. V., 37, 1, 889. (Massé et Vergé).

(1) Bordeaux, 28 août 1827 ; Cass., 12 mars 1833, S. V., 33, 1, 302. [Il résulte de ces arrêts que lorsque le mandataire a reçu des mandats distincts de divers intéressés, il doit diviser son action contre chaque mandant : il ne peut agir solidairement contre eux. Il n'y aurait pas non plus solidarité si le mandataire avait reçu mandat de plusieurs mandataires par un acte unique, mais pour une affaire non commune, Troplong, n. 693.—De même, si le mandataire n'avait reçu mandat que d'un seul pour une affaire commune à plusieurs, il n'aurait d'action que contre celui qui lui aurait conféré ce mandat, Troplong, *ibid.* — Il est d'ailleurs à remarquer que l'art. 2002 s'applique aussi bien au cas où le mandat a été donné tacitement qu'à celui où il a été donné d'une manière expresse, Cass., 11 fév. 1834, S. V., 34, 1, 713.—Lorsque le mandataire a outre-passé les pouvoirs qui lui ont été donnés par plusieurs, il n'a action que contre ceux qui ont ratifié ; et si tous ont ratifié, ils ne sont obligés solidairement qu'autant que cette ratification est donnée par un seul et même acte ; s'ils ont ratifié séparément, on doit les considérer comme ayant donné un mandat distinct, Delamarre et Le Poitvin, n. 335 ; Troplong, n. 695.] (Massé et Vergé).

(2) [La solidarité ne peut être limitée aux parts dont sont tenus personnellement les signataires du mandat ; elle embrasse la totalité des sommes dues au mandataire, même la part qui serait à la charge d'un tiers dont les droits ont été ultérieurement reconnus, et qui n'avait point stipulé dans le mandat, Cass., 11 fév. 1834, S. V., 34, 1, 713.] (Massé et Vergé).

(3) La règle s'applique au mandat *ad lites* donné à un avoué par plusieurs personnes, Liége, 2 avr. 1810 ; Orléans, 26 juill. 1827 ; Grenoble, 23 mars 1829 , Toulouse, 11 mai et 15 nov. 1831, S. V., 32, 2, 393 et 581 ; [Troplong, n 791 ; Dalloz, n. 374.] Elle s'applique aussi au cas où plusieurs personnes ont chargé un notaire de dresser un acte, Cass., 27 janv.

[ARTICLE 1721.]

1721. Le mandant ou ses représentants légaux sont obligés d'indemniser le mandataire pour tous les actes faits par ce dernier dans les limites de son mandat après qu'il est expiré par cause de mort ou autre, lorsque le mandataire ignorait cette extinction.

1721. The mandator or his legal representative is bound to indemnify the mandatary for all acts done by him within the limit of his powers, after the extinction of the mandate by death or other cause, when he is ignorant of such extinction.

Voy. *C. C. B. C.*, arts. 1728-1760, et *Zachariæ*, cité sur art. 1720.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Mandat*, *n*° 103 *et s.* } 103. Le mandat s'éteint par la mort naturelle ou civile du mandant, qui survient avant que le mandataire l'ait exécuté : *Mandatum re intégrâ, morte domini* (1) *finitur ;* L. 15, Cod. *Mand.*

Par exemple, si je vous ai chargé de m'acheter une certaine chose, le pouvoir que je vous ai donné cesse par ma mort, et mes héritiers ne seraient pas obligés de prendre pour leur compte l'achat que vous en feriez depuis ma mort.

Ce principe est puisé dans la nature du contrat de mandat.

1812, 10 nov. 1828, [26 juin 1820, 19 avr. 1826, 20 mai 1829; Riom, 8 sept. 1838, S. V., 39, 2, 419 ;] Merlin, *Rép.*, v° *Notaire,* [Troplong et Dalloz, *loc. cit.* Il en est de même à l'égard des arbitres, Paris, 23 sept. 1823 et 12 août 1830. — Quant aux syndics d'une faillite qui ne sont pas constitués par les créanciers, mais par la masse, ils n'ont action que contre chacun des créanciers individuellement et proportionnellement à leur intérêt dans la faillite, Cass., 23 mai 1837, S. V., 37, 1, 389; Bordeaux, 24 avr. 1838, S. V. 38, 2, 269 ; Massé, 5, n. 100. V. cependant Troplong, n. 691.] (Massé et Vergé).

(1) *Domini negotii, id est mandatoris.* (Note de l'édition de 1766.) (Bugnet).

Le mandant, par ce contrat, charge le mandataire de faire quelque chose en sa place ; *vice versâ*, le mandataire, en exécutant le mandat, prête son ministère au mandant, qui est censé faire par le ministère de son mandataire ce qui est porté par le mandat : or le mandataire ne peut plus prêter son ministère au mandant qui est mort ; il ne peut donc plus exécuter le mandat après la mort du mandant.

Lorsque le mandant est absent de longue absence, et que n'y ayant eu aucunes nouvelles de lui pendant un temps considérable, ses héritiers présomptifs se sont fait mettre par le juge en possession de ses biens ; quoiqu'il soit, en ce cas, incertain si le mandant est mort ou vivant, néanmoins le jugement qui a mis ses parents en possession de ses biens, éteint le mandat, comme l'aurait éteint la mort du mandant ; et le mandataire doit rendre compte de sa gestion aux parents qui ont été mis en possession des biens du mandant, comme il eût été obligé de le rendre à ses héritiers.

104. Lorsqu'un tuteur, en sa qualité de tuteur, a chargé quelqu'un d'une affaire de son mineur ; si ce tuteur, qui a donné la procuration, vient à mourir, sa mort, survenue *re integrâ*, éteint-elle le mandat ?

Pour la négative, on dit que le fait du tuteur est le fait du mineur. Suivant ce principe, dit-on, lorsque le tuteur, en sa qualité de tuteur, vous a chargé de l'affaire de son mineur, c'est comme si le mineur lui-même, par le ministère de son tuteur, vous en avait chargé.

On doit donc considérer, en ce cas, le mineur comme étant lui-même le mandant ; et par conséquent, quoique le tuteur vienne à mourir, tant que le mineur vit, le mandat paraît devoir subsister ; parce que le mineur étant réputé être lui-même le mandant, tant qu'il vit, on ne peut pas dire que le mandat est éteint par la mort du mandant.

Nonobstant ces raisons, on doit décider que le mandat finit, dans ce cas, par la mort du tuteur ; car, lorsque le tuteur charge un mandataire de faire une affaire dépendant de sa tutelle, c'est pour que ce mandataire fasse pour lui et en sa

place cette affaire qu'il était obligé de faire : le mandataire l'a faite tellement à la place du tuteur qui l'en a chargé, que le tuteur est obligé de rendre compte à son mineur de cette gestion, comme s'il l'eût faite lui-même. C'est donc le tuteur qui est le mandant ; c'est à lui que le mandataire prête son ministère : d'où il suit que ce mandat doit s'éteindre par la mort du tuteur.

Il a été jugé, suivant ce principe, par un arrêt rapporté par Louet, let. C, ch. 27, que le pouvoir d'un procureur *ad lites* finissait par la mort du tuteur qui l'avait constitué pour une affaire de son mineur.

105. On doit, par la même raison, décider que, lorsqu'un procureur ayant pouvoir de substituer, a substitué quelqu'un pour la gestion d'une affaire dont il s'était chargé, le mandat de ce substitué s'éteint et finit par la mort du procureur qui l'a substitué : car le procureur étant comptable de la gestion de son substitué, c'est pour lui et en sa place que ce substitué gère ; il est le mandant de ce substitué.

Il faudrait décider autrement si la procuration que j'ai donnée à mon mandataire portait qu'au cas qu'il ne pût pas faire l'affaire, il pourrait substituer *un tel.* Ce tel n'étant point du choix de mon procureur, mais du mien, c'est moi qui suis censé l'avoir directement établi mon mandataire ; mon procureur n'est censé avoir fait autre chose que de m'avoir prêté son ministère pour l'établir mon mandataire. Il n'est pas le mandataire de mon procureur, qui n'est pas comptable de la gestion de ce substitué : ce substitué est directement mon mandataire, et c'est moi qui suis le mandant ; et par conséquent le mandat de ce substitué ne finit pas par la mort de mon procureur.

106. Quoique le mandat s'éteigne par la mort du mandant, néanmoins si le mandataire, ignorant la mort du mandant, avait de bonne foi fait l'affaire dont il avait été chargé, les héritiers ou autres successeurs universels du mandant seraient obligés de l'en indemniser, et de ratifier ce qu'il a fait.

Par exemple, si Pierre m'a chargé de lui acheter une certaine chose, et que croyant exécuter son mandat, j'en aie fait l'achat depuis sa mort, qui n'était pas encore parvenue à ma connaissance, ses héritiers ne pourront pas me laisser cet achat pour mon compte, et j'aurai contre eux l'action *contraria mandati*, pour m'en faire indemniser par eux: *Si per ignorantiam impletum est* (mandatum), *competere actionem utilitatis causâ dicitur;* L. 26, ff. *Mand.*

La raison est que le mandant s'est obligé par le contrat de mandat à indemniser le mandataire de ce qu'il lui en coûterait pour s'être chargé du mandat; et quoique le mandat finisse par la mort du mandant, cette obligation que le mandant a contractée, passe aux héritiers du mandant: or, ils ne satisferaient pas à cette obligation, s'ils n'indemnisaient pas le mandataire de ce qu'il lui en a coûté, en croyant de bonne foi exécuter le mandat dont il s'était chargé, et qu'il ignorait être fini par la mort du mandant, qui n'était pas parvenue à sa connaissance.

C'est en ce sens qu'Ulpien dit: *Mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur;* L. 58, ff. *eod. tit.*

Paul dit pareillement après Julien: *Mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare; eâd.* L. 26.

107. Il peut néanmoins y avoir des cas auxquels le mandataire, quoiqu'il ait connaissance de la mort du mandant, non-seulement peut, mais doit faire l'affaire dont il s'est chargé, savoir: lorsque c'est une affaire instante qui n'est susceptible d'aucun retardement, et qui ne peut être faite que par ce mandataire, les héritiers n'étant pas sur le lieu. On peut apporter pour exemple le cas auquel m'étant chargé de faire la vendange de mon ami, j'apprendrais sa mort dans un temps où la vendange ne peut pas se différer, les vendanges étant déjà ouvertes dans le pays, et où je ne serais pas à temps d'en avertir ses héritiers, qui demeurent à trente ou quarante lieues de là.

108. Le principe que nous avons établi, " que le mandat finit par la mort du mandant," reçoit nécessairement excep-

tion lorsque l'affaire qui en est l'objet, est de nature à ne devoir se faire qu'àprès sa mort, comme dans les espèces de la loi 12, § 17, et de la loi 13.

109. Le principe " que le mandat finit par la mort du mandant," reçoit encore une exception à l'égard des préposés à une maison de commerce ou à un bureau de finances. *Voy.* notre *Traité des Obligations*, n° 448.

110. Despeisses, après Tiraqueau, fait aussi une exception à l'égard des mandements faits pour cause pieuse ; mais ces priviléges de cause pieuse ne sont plus aujourd'hui en usage.

1722. Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour exécuter le mandat, et lui payer le salaire ou autre compensation à laquelle il peut avoir droit.

S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ce remboursement et ce paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi. Il ne peut non plus faire réduire le montant du remboursement sous le prétexte que les avances et frais auraient pu être moindre, s'ils eussent été faits par lui.

1722. The mandator is bound to reimburse the expenses and charges which the mandatary has incurred in the execution of the maudate, and to pay him the salary or other compensation to which he may be entitled.

When there is no fault imputable to the mandatary, the mandator is not released from such reimbursement and payment, although the business has not been successfully accomplished; nor can he reduce the amount of the reimbursement upon the gronnd that the expenses and charges might have been made less by himself.

[ARTICLE 1722.]

* *C. N.* 1999. } Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis.

S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursement et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres.

---

* *C. Com. frs.*, 93-94. } 93. Tout commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui expédiées d'une autre place pour être vendues pour le compte d'un commettant, a privilège, pour le remboursement de ses avances, intérêts et frais, sur la valeur des marchandises, si elles sont à sa disposition, dans ses magasins, ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il peut constater, par un connoissement ou par une lettre de voiture, l'expédition qui lui en a été faite.

94. Si les marchandises ont été vendues et livrées pour le compte du commettant, le commissionnaire se rembourse, sur le produit de la vente, du montant de ses avances, intérêts et frais, par préférence aux créanciers du commettant.

---

* *ff. De Mand., vel contr., liv.* 17, *tit.* 1, *L.* 12 § 9, *L.* 27 § 4, *L.* 56 § 4. } *L.* 12 § 9. Si mihi mandaveris *ut rem tibi aliquam emam*, egoque emero meo pretio, habebo mandati actionem de pretio recuperando : sed et si tuo pretio impendero, tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio, aut si rem emptam nolis recipere. Simili modo, et si quid aliud mandaveris, et in id sumptum fecero. Nec tantùm id quod impendi, verùm usuras quoque consequar. Usuras autem non tantùm ex mora esse admittendas, verùm judicem æstimare debere, si exegit à debitore suo quis, et solvit, cùm uberrimas usuras consequeretur (æquissimum

enim erit rationem ejus rei haberi), aut si ipse mutuatus gravibus usuris, solvit. Sed et si reum usuris non relevavit, ipsi autem et usuræ absunt : vel si minoribus relevavit, ipse autem majoribus fœnus accepit, ut fidem suam liberaret, non dubito debere eum mandati judicio et usuras consequi : et (ut est constitutum) totum hoc ex æquo, et bono judex arbitrabitur (ULPIANUS).

L. 27 § 4. Impendia, mandati exsequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent : nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere (GAIUS).

L. 56 § 4. Sumptus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, judicio mandati restitui necesse est (PAPINIANUS).

Ibidem. } *L.* 12 § 9. Si vous m'avez chargé d'ache-
Trad. de M. Hulot. } ter une chose, j'aurai contre vous l'action du mandat pour en recouvrer le prix, si je l'ai payée de mes deniers ; mais si j'ai payé la chose de vos deniers, et que j'aie fait de bonne foi quelques dépenses pour parvenir à l'acheter, ou qu'après me l'avoir fait acheter vous ne vouliez pas la prendre, j'aurai contre vous l'action contraire du mandat. Il en sera de même dans le cas où vous m'aurez chargé de toute autre chose, si l'exécution de la procuration m'a occasionné quelques dépenses. Le procureur retirera non-seulement ses dépenses, mais encore les intérêts. Un juge éclairé fera attention que les intérêts de ces dépenses peuvent être dus, même sans que le maître soit en demeure de rendre les sommes dépensées : par exemple, si le procureur s'est fait rembourser pour payer ces dépenses, par un débiteur chez lequel son argent étoit placé à un très-gros intérêt, ou s'il a emprunté pour la même raison quelque somme sous de forts intérêts ; car l'équité veut qu'on fasse attention à ces circonstances. Si le procureur n'a pas libéré le débiteur des intérêts qu'il devoit, mais qu'il ait néanmoins perdu ceux qu'il tiroit de son argent ; ou s'il l'a acquitté des intérêts légers, mais que, pour remplir la parole qu'il avoit donnée en se char-

geant du mandat, il ait été obligé de prendre de l'argent à des intérêts plus forts, il doit, en vertu de l'action contraire du mandat, faire condamner le maître à lui payer les intérêts : car le jugement que prononce le juge en pareille matière doit avoir pour base l'équité et la bonne foi (ULPIEN).

L. 27 § 4. Les dépenses faites de bonne foi pour exécuter le mandat doivent être rendues en entier, et on n'examinera pas si le mandant auroit moins dépensé dans le cas où il auroit fait ses affaires lui-même (GAIUS).

L. 56 § 4. Le fondé de procuration pourra intenter l'action du mandat pour se faire rendre les dépenses nécessaires qu'il a faites de bonne foi, quoiqu'il n'ait pas pu terminer l'affaire dont il s'étoit chargé (PAPINIEN).

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Mandat*, *nº* 68 *et s.* } SECT. Ire. — DE L'OBLIGATION QUE CONTRACTE LE MANDANT, D'INDEMNISER LE MANDATAIRE.

68. Le mandant, par le contrat de mandat, s'oblige d'indemniser le mandataire de ce qu'il sera obligé de débourser, et des obligations qu'il sera obligé de contracter pour l'exécution du mandat.

Cette obligation est appelée *obligatio mandati contraria*, parce que cette obligation n'est pas une obligation principale du contrat du mandat. Ce n'est qu'une obligation incidente, à laquelle donne ouverture, depuis le contrat, la dépense que le mandataire a faite pour l'exécution du mandat. Elle n'est point essentielle au contrat du mandat, puisqu'il y a des mandats qui peuvent s'exécuter sans que le mandataire débourse rien, et sans qu'il contracte aucune obligation envers des tiers pour l'exécution du mandat.

Cette obligation d'indemniser le mandataire, consiste,— 1º à le rembourser de tout ce qu'il a déboursé pour l'exécution du mandat ; — 2º à le faire décharger des obligations qu'il a contractées envers des tiers pour l'exécution du mandat.

ART. Ier.—DE L'OBLIGATION DE REMBOURSER LE MANDATAIRE.

Pour qu'il y ait lieu à cette obligation, il faut, — 1° que le mandataire ait déboursé quelque chose ; — 2° qu'il l'ait déboursé *ex causâ mandati;* 3° qu'il l'ait déboursé sans sa faute, *inculpabiliter.*

§ Ier. *Il faut que le mandataire ait déboursé quelque chose.*

69. Cela est évident. L'obligation de rembourser le mandataire suppose nécessairement qu'il a déboursé quelque chose.

Par exemple, si j'ai acheté une chose par votre ordre, dont j'ai payé le prix de mes deniers, vous êtes obligé, *obligatione mandati contrariâ*, de me rembourser la somme que j'ai payée pour le prix de cette chose; ou si j'ai payé le prix avec les deniers que vous m'avez fournis, mais que j'aie déboursé des miens pour les loyaux coûts du contrat, pour les voyages que j'ai été obligé de faire pour cette affaire, vous êtes pareillement obligé de me rembourser : *Si mihi mandaveris ut rem tibi aliquam, egoque emero meo pretio, habebo mandati actionem de pretio recuperando; sed etsi tuo pretio, impendero tamen aliquid bonâ fine ad emptionem rei, erit contraria mandati actio ;* L. 12, § 9, ff. *Mand.*

70. On doit rembourser le mandataire de ce qu'il a déboursé en exécution du mandat, quand même le mandataire aurait action contre un tiers pour s'en faire payer; le mandataire est seulement tenu, en ce cas, de subroger le mandant à cette action, lorsque le mandant le remboursera.

Par exemple, si, de l'ordre de quelqu'un, vous avez prêté une somme d'argent à Pierre, vous en avez la répétition, non-seulement *conditione ex mutuo*, contre Pierre à qui vous l'avez prêté, mais aussi contre votre mandant, *actione mandati contrariâ.* Ainsi le décide Gordien : *Tam condictio adversùs eum qui à te mutuam sumpsit pecuniam, quàm adversùs eum cujus mandatum secutus es, mandati actio tibi competit ;* L. 7, Cod. *Mand.*

La novelle a néanmoins accordé, en ce cas, l'exception de

discussion aux *mandatores pecuniæ credendæ*, à moins qu'ils n'y aient renoncé.

71. Le mandataire doit être remboursé, non-seulement lorsque c'est de l'argent qu'il a déboursé pour l'affaire dont il était chargé ; mais encore si, pour cette affaire, il a employé et aliéné quelque autre chose que ce soit de son bien, il doit être remboursé du prix de cette chose; et ce prix doit se régler eu égard à ce que la chose valait lorsque le mandataire l'a employée pour l'affaire dont il s'était chargé par le mandat.

C'est ce que décide Africanus dans l'espèce suivante :

Vous vous êtes rendu débiteur d'une certaine chose qui ne vous appartenait pas ; par votre ordre, je me suis rendu caution pour vous de cette obligation, et m'étant trouvé propriétaire de cette chose, je l'ai donnée pour vous en paiement du cautionnement que j'avais contracté par votre ordre. Africain décide que vous devez m'en rembourser le prix, eu égard à ce qu'elle valait au temps que je l'ai payée. *Hominem certum pro te dare fidejussi et solvi; quum mandati agetur, æstimatio ejus ad id potiùs tempus quo solutus sit, non quo agetur referri debet ; et ideo, etiam si mortuus fuerit, nihilominùs utilis actio est ;* L. 37, ff. *Mand.*

72. Lorsque vous m'avez chargé de me rendre caution pour vous envers Pierre pour une certaine somme, *putà*, de mille livres, et de l'acquitter, et qu'en exécution de votre mandat, j'ai engagé Pierre, votre créancier, à accepter pour débiteur en votre place Jacques, qui me devait pareille somme, et que je lui ai délégué ; lorsqu'il sera question de régler entre nous ce que vous devez me rembourser *actione contrariâ mandati*, quand même ma créance de mille livres contre Jacques, pour le peu de solvabilité de Jacques, aurait été *in se* d'une valeur au-dessous de son capital, néanmoins vous me devez rembourser la somme entière de mille livres, parce que votre créancier, en acceptant la délégation que je lui ai faite de cette créance, a rendu bonne cette créance, qui ne vous a pas moins profité que si Jacques eût été très

solvable. C'est ce qu'enseigne Paul : *Abesse videtur pecunia fidejussori, etiamsi debitor ab eo delegatus sit creditori, licèt is solvendo non fuerit, quia bonum nomen facit creditor qui admittit debitorem delegatum ;* L. 26, § 2, ff. *Mand.*

73. Le mandataire doit être remboursé de ce qu'il a déboursé pour l'affaire dont il s'est chargé, soit qu'il l'ait déboursé lui-même, soit que ce soit un tiers qui l'ait déboursé pour lui et en son nom, quand même ce tiers l'aurait fait pour gratifier le mandataire, et sans en prétendre contre lui aucune répétition ; car il suffit que cela ait été déboursé au nom du mandataire, pour que le mandataire soit censé l'avoir déboursé : *Marcellus fatetur, si quis donaturus fidejussori, pro eo solverit creditori, habere fidejussorem actionem mandati, quasi fidejussor ipse solvisset ;* L. 12, § 1, ff. *Mand.*

Cette décision n'est pas contraire à ce qui est décidé plus haut dans la même loi, que celui qui par votre ordre s'est rendu caution envers votre créancier, et à qui votre créancier a fait remise de la dette par pure libéralité, ne peut rien exiger de vous, *actione mandati contrariâ*, parce qu'il n'a rien déboursé, et qu'il ne lui en a rien coûté pour l'exécution de votre mandat.

Les deux espèces sont bien différentes. Dans l'espèce opposée, le mandataire n'a rien payé ; mais dans notre espèce, lorsqu'un ami de votre mandataire, qui s'est rendu caution pour vous, paie au nom de votre mandataire, à sa prière, la somme pour laquelle il vous a cautionné ; quoiqu'il en fasse présent à votre mandataire, il suffit qu'il ait payé cette somme au nom de votre mandataire, pour qu'il soit vrai de dire que c'est votre mandataire qui est censé l'avoir payée, suivant la règle de droit : *Qui mandat solvi ipse solvere videtur ;* L. 56, ff. *de Solut.;* et pour qu'en conséquence il ait contre vous l'action *mandati contraria*, pour s'en faire rembourser. Vous ne pouvez pas lui opposer qu'il ne lui en a rien coûté pour l'exécution de votre mandat ; car le paiement ayant été fait au nom de votre mandataire par son ami, ce paiement,

fictione brevis manûs, renferme deux traditions ; l'une par laquelle l'ami de ce mandataire lui aurait donné la somme, et l'autre par laquelle le mandataire l'aurait ensuite payée à votre créancier. C'est pourquoi votre mandataire peut vous répondre qu'il lui coûte, pour l'exécution de votre mandat, la somme que lui a donnée son ami, et qu'il a payée à votre créancier, en exécution de votre mandat.

Quand même l'ami de votre mandataire aurait fait ce paiement au nom de votre mandataire, sans qu'il l'en eût prié, il faudrait décider de même ; car votre mandataire ratifiant ce paiement fait en son nom par son ami, c'est la même chose que s'il avait été fait à sa prière, suivant la règle de droit : *Ratihabitio mandato comparatur ;* L. 12, § 4, ff. *de Solut.* Conséquemment votre mandataire n'est pas moins censé avoir fait lui-même le paiement qui a été fait en son nom, que s'il eût été fait à sa réquisition ; et il a pareillement contre vous l'action *mandati contraria* pour s'en faire rembourser.

Il n'importe que le mandataire, ou autre pour lui, ait payé et déboursé réellement une somme pour l'exécution du mandat, ou qu'il l'ait payée par compensation.

Par exemple, si votre mandataire s'était, à votre prière, rendu caution, pour vous, envers Sempronius votre créancier, pour une somme de mille livres, et que Titius, à qui Sempronius devait une somme de mille livres, voulant gratifier votre mandataire, fût convenu avec Sempronius que la somme que Sempronius lui devait, fût compensée avec celle que votre mandataire était tenu par son cautionnement de payer à Sempronius ; votre mandataire a contre vous l'action pour se faire rembourser de la somme de mille livres que son ami a payée pour lui par compensation à votre créancier, en exécution de votre mandat ; car c'est la même chose que si Titius l'avait réellement déboursée pour et au nom de votre mandataire. C'est ce que décide Ulpien : *Si is qui fidejussori donare vult, creditorem ejus habeat debitorem suum eumque liberaverit ; continuo agit fidejussor mandati, quatenùs nihil*

intersit, nummos solverit creditori, an eum liberaverit; L. 26, § 3, ff. *Mand.*

Suivant le même principe, Ulpien décide que, si votre créancier, pour récompense des services que lui avait rendus votre caution, a fait remise de la somme pour laquelle elle vous avait cautionné par votre ordre, votre caution a l'action *mandati contraria* pour s'en faire rembourser par vous ; car elle est censée l'avoir déboursée en exécution de votre mandat, par la compensation qui en a été faite avec la récompense qui lui était due pour ses services : *Si fidejussori donationis causâ acceptum factum sit, puto, si fidejussorem remunerare voluit creditor, habere eum mandati actionem;* L. 10, § *fin.* ff. *Mand.*

Si la remise que le créancier a faite de sa dette, quoique faite en considération de la caution, n'était pas faite pour récompense de services, mais était pure et simple, Ulpien décide que la caution n'aura pas, en ce cas, l'action *mandati contraria : Si vero non remunerandi causâ, sed principaliter donando fidejussori remisit actionem, mandati eum non acturum;* L. 12, ff. *Mand.* La raison est que le créancier, en ce cas, n'a rien reçu ; la caution n'a rien payé, n'a rien déboursé, *nihil ei abest.*

On ne manquera pas d'objecter que notre jurisprudence française est contraire à la décision de cette loi romaine. Pour cela on tirera argument de ce qu'en matière de retrait lignager, l'acheteur d'un héritage, à qui le seigneur, par quelque considération personnelle pour lui, a fait remise du profit seigneurial, ou pour le tout ou pour partie, est reçu à prétendre contre le lignager le remboursement du profit, ou de la partie du profit dont on lui a fait remise, quoique ni lui, ni aucun autre pour lui, n'ait rien déboursé à cet égard : donc, dira-t-on, dans notre jurisprudence, votre caution que votre créancier a voulu gratifier en faisant remise de sa créance, doit pareillement être reçue, contre la décision de la loi romaine, à prétendre contre vous, par l'action *contrariâ mandati*, le remboursement de la somme dont votre créancier

a fait remise en sa considération, quoique ni elle, ni aucun autre pour elle, n'ait rien déboursé.

Pour concilier notre jurisprudence, dans l'espèce du retrait, avec la décision d'Ulpien dans l'espèce de la loi 12, on peut dire que les deux espèces conviennent bien en un bon point, qui est que, dans l'une et dans l'autre, le créancier n'a rien reçu : mais elles diffèrent en ce que, lorsque le seigneur, avant le retrait, fait remise du profit à l'acquéreur, cet acquéreur étant pour lors le seul débiteur de ce profit, la donation que renferme la remise que le seigneur fait de ce profit, ne peut être censée faite qu'à cet acquéreur seul ; le retrait qui est fait sur lui ne doit pas le priver de l'effet de cette donation qui a été faite à lui seul. Il est donc bien fondé à prétendre contre le retrayant la somme dont le seigneur lui a fait remise; autrement il ne serait pas parfaitement indemne: *Eatenus ei abesset, quatenus amitteret donationis in ipsum collatæ effectum.*

Au contraire, dans l'espèce de la loi 12, lorsque le créancier a fait une remise pure et simple de la dette, quoiqu'il ait été porté à la faire par des considérations personnelles pour la caution, il ne s'ensuit pas qu'il n'ait voulu faire qu'à la caution la donation que la remise de la dette renferme : on accorde souvent un bienfait qui est commun à plusieurs personnes, par considération pour l'une d'entre elles. Si le créancier eût voulu que la caution profitât seule de la somme dont il a fait remise, il lui aurait fait un transport sans garantie de sa créance, au lieu d'en faire la remise. La donation que renferme la remise d'une dette, est, par la nature de ce qui en fait l'objet, censée faite à tous ceux qui, étant tenus de la dette, peuvent profiter de la remise. La caution ne peut donc, en ce cas, rien répéter par l'action *mandati contrariâ*, contre le mandant; car le créancier, en faisant la remise, quoique porté à la faire par la considération qu'il avait pour la caution, n'ayant rien entendu donner à la caution par cette remise, que la décharge de son obligation ; n'ayant point entendu que la caution profitât seule de la somme dont elle

faisait la remise; on ne peut pas dire, en ce cas, que la caution ait rien mis pour l'exécution du mandat, *nihil ei abest* (1).

Il en serait autrement si le créancier, en faisant la remise, avait déclaré qu'il la faisait en faveur de la caution seule, et à la charge qu'elle profiterait seule de la somme dont il faisait la remise. La caution aurait en ce cas l'action *mandati contraria* pour s'en faire rembourser par le mandant: car, en ce cas, il est vrai de dire que la caution a employé à l'acquittement de la dette, et par conséquent à l'exécution du mandat, la somme dont le créancier qui a fait la remise de la dette, a voulu lui faire donation. Elle doit donc être remboursée de cette somme par le mandant; autrement elle perdrait l'effet de la donation que le créancier a voulu lui faire. *Eatenus abesset fidejussori, quatenus effectu donationis in ipsum à creditore collatæ privaretur.*

Cette exception que nous apportons à la décision qu'Ulpien nous a donnée dans la loi 12, est tirée du même Ulpien, lequel, en la loi 10, § *fin.* ff. *eod. tit.*, décide que la caution a l'action *contraria mandati* pour se faire rembourser de la somme dont le créancier a fait remise, lorsque le créancier l'a faite par un legs qu'il a fait de cette remise à la caution: *Si ei* (fidejussori) *liberationem legavit; putà*, s'il a dit par son testament: *Je fais remise d'une telle dette qui m'est due par un tel, en faveur d'un tel sa caution, à qui je fais don et legs de la remise que j'en fais.*

La différence qu'Ulpien a mise entre l'espèce de la loi 10, § *fin.* et celle de la loi 12, ne peut procéder que de ce que le créancier, en faisant à la caution un legs de la remise qu'il

(1) Le Code (art. 1287) a vu, dans la remise accordée à la caution, la remise du cautionnement seulement, et non pas l'extinction de la dette principale. " La remise accordée à la caution ne libère pas le débiteur " principal."

Mais il serait possible qu'il résultât des circonstances que le créancier a voulu gratifier la caution et lui céder son droit contre le débiteur, ce qui au surplus ne doit pas se présumer facilement. (BUGNET).

faisait de la dette, a suffisamment déclaré qu'il voulait que la caution profitât seule de la somme dont il faisait la remise, au lieu que les actes entre-vifs n'étant pas susceptibles d'une interprétation si étendue que les legs, lorsque le créancier fait remise de sa dette par un acte entre-vifs, quoiqu'il paraisse la faire par amitié pour la caution et pour la gratifier, il ne laisse pas néanmoins d'être censé avoir fait la remise de sa dette à tous ceux qui en sont tenus, sur qui elle doit tomber naturellement.

On ne supplée point dans l'acte portant remise, la clause " que la remise n'est faite qu'en faveur de la caution seule, et qu'elle profitera seule de la somme remise," lorsque le créancier ne s'en est point expliqué : mais lorsqu'il est dit expressément " que la remise est faite à la charge que la caution profitera seule de la somme remise," on doit donner à la caution l'action *mandati* pour répéter cette somme, de même qu'on la lui donne dans le cas auquel le créancier lui a fait un legs de la remise qu'il faisait de sa dette, *si ei liberationem legavit.*

Observez qu'outre l'action *mandati*, la caution a encore, dans ce cas, l'action *ex fideicommisso* pour répéter la somme dont le créancier a fait remise : car le créancier, l'ayant faite à la charge que la caution profiterait seule de la somme remise, est censé avoir grevé le débiteur principal du fidéicommis de donner cette somme à la caution. C'est un principe de droit, " qu'on peut grever de fidéicommis son débiteur jusqu'à concurrence de la somme qu'il doit, et dont on lui a fait pour cet effet remise ": *A debitore fideicommissum relinqui potest ;* L. 77, ff. *Leg.* 1°.

Ulpien rapporte encore en la loi 10, § *fin.*, un cas dans lequel il décide " que la caution a l'action *mandati* pour la somme dont le créancier a fait remise ;" c'est le cas auquel la remise a été faite par une donation pour cause de mort, qu'il a faite à la caution ; *si mortis causâ accepto tulisset creditor.* Il y a en ce cas une raison de plus que dans les espèces précédentes pour donner à la caution l'action *mandati.*

En effet, on peut dire que la caution a payé en quelque façon la dette au créancier, par l'obligation qu'elle a contractée envers lui de lui rendre la somme dont il a fait remise, en cas que le créancier survécût, ou changeât de volonté : *Accepisse videtur creditor*, dit Cujas, *quatenus ei fidejussor se obligavit; et fidejussor videtur solvisse, quatenùs creditor videtur accepisse.*

§ II. *Il faut que ce que le mandataire a déboursé, l'ait été* ex causâ mandati.

74. Le mandataire est censé avoir déboursé *ex causâ mandati*, non-seulement la somme qu'il a été principalement et expressément chargé de payer par le mandat, mais généralement tous les déboursés qu'il a été obligé de faire pour l'affaire dont il s'était chargé.

Par exemple, si quelqu'un, par votre ordre, vous a cautionné pour une certaine somme qu'il a payée pour vous, vous devez le rembourser non-seulement de cette somme, mais encore de tous les déboursés qu'il a été obligé de faire ; tels que sont le coût de l'acte de cautionnement, le coût du change que vous avez payé pour faire tenir la somme due au lieu où elle était payable, etc. *Si fidejussor multiplicaverit summam in quam fidejussit, sumptibus ex justâ causâ factis, totam eam præstabit is pro quo fidejussit*; L. 45, § 6, ff. *Mand.*

75. Les pertes souffertes par le mandataire, dont l'affaire qui fait l'objet du mandat a été la cause prochaine, sont aussi censées souffertes *ex causa mandati*, et doivent en conséquence lui être remboursées.

Africain rapporte pour exemple l'espèce d'un mandataire qui a été volé par un esclave que vous lui aviez donné ordre de vous acheter et de conduire chez vous, sans que vous l'ayez averti qu'il était voleur; et il décide que vous devez l'indemniser de cette perte, quoique vous ignorassiez qu'il fût voleur : *Etiamsi ignoraverit is qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilominus tamen damnum decidere cogetur; justissimè enim procuratorem allegare, non fuisse se id*

damnum passurum, si mandatum non suscepisset...... æquius esse nemini officium suum, quod ejus cum quo contraxerit, non etiam commodi sui causâ susceperit, damnosum esse; L. 61, § 5, ff. *de Furtis.*

Cela n'a lieu qu'autant qu'il n'y a aucune faute de la part du mandataire : *Hæc ità puto vera esse, si nulla culpa ipsius qui mandatum susceperit intercedat. Cæterum si ipse ultro ei custodiam argenti fortè, vel nummorum commiserit, quum alioqui nihil unquam dominus tale quid fecisset, aliter existimandum est; eâd.* L. § 7.

Suivant ces principes, si, ayant appris qu'un de mes enfants, qui était un jeune débauché, était allé chez vous, je vous ai prié de le retenir jusqu'à ce que je l'envoie quérir : si, pendant que par mon ordre vous le retenez chez vous, il vous a fait quelque vol ou causé quelque dommage, sans que par votre faute vous vous y soyez exposé, c'est une perte que vous êtes censé avoir soufferte *ex causâ mandati,* dont je dois vous indemniser.

En cela un mandataire est semblable à un associé.

Nous avons vu en notre *Traité du Contrat de Société,* n° 128, qu'un associé devait être indemnisé par la société, des pertes que lui avait causées la gestion d'une affaire de la société, suivant les lois 52, §§ 4, 60 et 61, ff. *Pro soc.* Par la même raison, un mandataire doit être indemnisé par son mandant, des pertes que lui a causées la gestion de l'affaire dont il s'est chargé par le mandat. Il y a entière parité de raison.

76. Il faut néanmoins avoir une grande attention à distinguer si la perte soufferte par l'associé ou par le mandataire est une perte dont la gestion dont cet associé ou ce mandataire s'est chargé, ait été la cause, ou si c'est une perte dont cette gestion ait été seulement l'occasion ; car, si elle n'en a été que l'occasion, il n'en est pas dû d'indemnité au mandataire, non plus qu'à l'associé. C'est ce qu'enseigne Paul : *Non omnia quæ impensurus non fuit (mandatarius) mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit à latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque apprehensus quædam*

erogaverit: nam hæc magis casibus quàm mandato imputari debent; L. 26, § 6, ff. *Mand.*

Cette espèce de perte soufferte par un mandataire attaqué et volé dans un voyage qu'il faisait pour l'affaire dont il s'est chargé, laquelle est rapportée dans cette loi comme une perte dont la gestion de ce mandataire a été simplement l'occasion plutôt que la cause, et dont il ne doit pas par conséquent être indemnisé, est au contraire rapportée dans la loi 52, § 4, ff. *Pro soc.*, comme une perte dont la gestion de l'affaire a été la cause, et dont celui qui l'a soufferte doit être indemnisé.

Il est dit dans cette loi : *Quidam sagariam negotiationem coïerunt; alter ex his ad merces comparandas profectus, in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit, servi ejus vulnerati sunt, resque proprias perdidit. Dicit Julianus damnum esse commune; ideoque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere, tam pecuniæ quàm rerum cæterarum quas secum non tulisset socius, nisi ad mercedes communi nomine comparandas proficisceretur; sed et si quid in medicos impensum est socium agnoscere debere*, etc.

Pour concilier ces deux lois, je crois qu'on doit supposer que, dans l'espèce de la loi 52, § 4, ff. *Pro soc.*, le lieu où l'associé a été attaqué et volé, était un lieu infesté de voleurs et dangereux, par lequel l'associé ne se serait pas exposé de passer, s'il n'eût été obligé d'y passer pour l'affaire dont il s'était chargé. En ce cas, le risque qu'il y avait à courir de passer par ce chemin était un risque dépendant de la gestion de l'affaire dont il s'était chargé. C'est cette gestion qui est la cause pour laquelle il s'était exposé à ce risque, auquel il ne se serait pas exposé sans cela ; et elle est par conséquent la cause de la perte et du dommage qu'il a soufferts pour s'y être exposé : il en doit donc être indemnisé comme d'une perte qu'il a soufferte pour la gestion dont il s'est chargé.

Au contraire, il faut supposer, dans l'espèce de la loi 26, § 6, ff. *Mand.*, que le lieu où le mandataire a été attaqué et volé, en faisant le voyage qu'il était obligé de faire pour la gestion de l'affaire dont il s'était chargé, était un lieu par

lequel il n'y avait pas plus de risque à passer, qu'il n'y en a à passer dans tous les autres lieux par lesquels on a coutume de passer pour ses propres affaires.

N'y ayant pas plus de risque à courir en passant par le lieu par où la gestion de l'affaire dont il s'est chargé l'obligeait de passer, qu'à passer par tout autre lieu, on ne peut pas dire qu'en se chargeant de la gestion de l'affaire dont il s'est chargé, il se soit exposé à aucun risque qui fût une dépendance de cette gestion, ni par conséquent que cette gestion soit la cause de l'accident qui lui est arrivé ; elle n'est que l'occasion de cet accident, qui pouvait également arriver partout ailleurs : *Hoc magis casibus imputari oportet ; eâd.* L. 25.

Observez néanmoins que, dans ce cas, lorsque le mandataire qui a été blessé et volé dans le voyage qu'il faisait pour l'exécution du mandat, est un pauvre homme qui a été chargé de ce mandat par un homme riche ; quoiqu'il n'y ait pas, de la part du mandant, une *obligation parfaite* d'indemniser le mandataire de cette perte, il est néanmoins de l'humanité et de la bienséance qu'il l'en indemnise.

On doit faire la même distinction pour le cas du naufrage. S'il est arrivé, dans un trajet de rivière que le mandataire avait coutume de faire pour ses propres affaires, on ne peut pas dire, en ce cas, que la gestion dont il s'est chargé soit la cause de la perte qu'il a soufferte par ce naufrage ; elle n'en est que l'occasion : *Hoc casibus imputari oportet.*

Mais si le naufrage est arrivé dans le cours d'une navigation aux risques de laquelle il s'est exposé pour la gestion de l'affaire dont il s'est chargé, et auxquels il n'aurait pas été exposé sans cela, c'est en ce cas cette gestion qui doit être regardée comme la cause de la perte qu'il a soufferte, et il en doit être indemnisé.

Observez que, dans le cas auquel la gestion d'une affaire dont un mandataire ou un associé s'est chargé, peut passer pour la cause de la perte que ce mandataire ou cet associé a soufferte par des voleurs ou par un naufrage dans le cours d'un voyage qu'il faisait pour l'affaire dont il s'était chargé,

elle ne l'est que jusqu'à concurrence de ce qu'il a été obligé de porter avec lui pour son voyage : s'il a porté avec lui beaucoup d'autres choses qui ne lui étaient pas nécessaires pour ce voyage, il n'est pas fondé à demander d'en être indemnisé. *Voy.* notre *Traité du contrat de Société*, n° 129.

77. On fait une autre question, qui est de savoir si la gestion du mandat ayant tellement pris tout le temps du mandataire, qu'il n'a pas eu le loisir de vaquer à ses propres affaires, il est fondé à demander à être indemnisé de la perte qu'il a soufferte dans ses affaires, faute d'avoir eu le loisir d'y vaquer?

La raison de douter est que la gestion du mandat, n'ayant pas laissé au mandataire le loisir de vaquer à ses propres affaires, paraît être la cause de la perte qu'il a soufferte.

Je pense néanmoins qu'il n'est pas fondé à prétendre cette indemnité. Ce n'est pas tant la gestion du mandat *in se*, que la témérité qu'il a eue de se charger d'une gestion qu'il n'avait pas le loisir de faire, qui lui a causé cette perte. Il devait, avant de s'en charger, examiner s'il en avait le loisir : c'est sa faute s'il s'en est chargé sans en avoir le loisir : le mandant aurait pu trouver, s'il ne s'en fût pas chargé, un autre mandataire qui eût eu plus de loisir, ou il aurait pu faire cette gestion par lui-même.

§ III. *Il faut que ce ne soit pas la faute du mandataire qui ait donné lieu aux déboursés qu'il a faits pour sa gestion.*

78. *Voy.* des exemples de ce principe dans notre *Traité des Obligations*, part. 2, ch. 6, sect. 7, art. 1, § 3, à l'égard des cautions.

De même que le mandataire ne doit pas être remboursé des déboursés qu'il a faits pour le mandant par sa faute, pouvant se dispenser de les faire ; de même, lorsque par sa faute il a déboursé trop, pouvant exécuter le mandat à moindres frais, il n'en doit être remboursé que jusqu'à concurrence de ce qu'il suffisait de débourser.

Par exemple, si celui qui, par votre ordre, s'est rendu caution d'une certaine quantité de froment, a acquitté cette dette avec du froment de la meilleure espèce, quoiqu'il eût pu l'acquitter avec du froment d'une espèce inférieure et moins chère, il ne doit être remboursé que sur le pied de la valeur de l'espèce inférieure de froment avec laquelle il pouvait acquitter la dette : *Fidejussorem, si sine adjectione bonitatis tritici, pro altero triticum spopondit; quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo : à reo autem non aliud triticum repetere poterit, quàm quo pessimo tritico liberare se à stipulatore potuit;* L. 52, ff. *Mand.*

Mais lorsque le mandataire n'a pu faire mieux ; par exemple, si, dans l'espèce proposée, il n'a pu acquitter le cautionnement qu'avec du froment de l'espèce la plus précieuse, *putà*, parce qu'il n'en avait pas d'autre ; on ne peut lui rien imputer ; et ses déboursés ne peuvent souffrir un retranchement, quand même le mandant ou un autre mandataire auraient pu exécuter le mandat à moindres frais : *Impendia mandati exequendi gratiâ facta, si bonâ fide facta sunt, restitui omnino debent; nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere;* L. 27, § 4, ff. *Mand.*

79. Le mandant doit rembourser le mandataire des déboursés qu'il a faits pour l'affaire dont il l'a chargé, quoique l'affaire ait eu un mauvais succès, pourvu que ce ne soit pas par la faute du mandataire : *Etiamsi contrariam sententiam reportaverunt, qui te ad exercendas causas appellationis procuratorem constituerunt, si tamen nihil tuâ culpâ factum est, sumptùs quos in litem probabili ratione feceras, contrariâ mandati actione petere potes;* L. 1, Cod. *Mand.*

Par la même raison, quoique le mandataire n'ait pu mettre à chef l'affaire dont il s'est chargé, pourvu que ce soit sans sa faute, il ne laisse pas de devoir être remboursé de ses déboursés : *Sumptus bonâ fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, judicio mandati restitui necesse est;* L. 56, § 4, ff. *Mand.*

* 2 *Pardessus, Dr. Comm.*, *n*° 558, 571. } Le mandataire a droit d'exiger que le mandant lui rembourse ses avances, d'après un état détailié qu'il doit en fournir, avec pièces à l'appui, conformément à l'usage. L'intérêt lui est dû à compter du jour qu'elles ont été faites, à moins qu'étant en retard de rendre ses comptes, il ne perde ce droit par une juste peine de ce retard. Mais, sauf le cas d'exception prévu n. 219, il n'est point subrogé, contre le mandant et les co-obligés de celui-ci, aux droits d'un créancier qu'il aurait payé de ses propres deniers, en exécution des pouvoirs qu'il avait reçus. Ainsi, comme nous l'avons dit, celui qui, pour obliger un autre, aurait accepté purement et simplement, et non par intervention, des lettres de change tirées par cette personne, et par elle employées à payer un créancier, ne pourrait, après avoir payé les lettres qu'il a acceptées, prétendre qu'il est légalement subrogé aux droits de ce créancier, soit pour exercer les hypothèques de la créance soldée par le moyen de ces lettres, soit pour agir contre des co-débiteurs de la dette ainsi acquittée. Il en serait de même de celui qui aurait été indiqué par l'un des signataires d'une lettre de change, pour la payer *au besoin*. S'il payait sans protêt, préalable indispensable d'une intervention, comme on l'a vu n. 405, il ne pourrait se prétendre subrogé aux droits du porteur, comme s'il avait payé après protêt : on peut en donner pour motifs, que l'intention de celui qui a ainsi indiqué le besoin, était de ne consentir de subrogation qu'autant que la nécessité de payer, à défaut du véritable indiqué, serait constante ; et le protêt seul peut la constater. Cette condition n'étant pas remplie, il n'y a qu'un simple mandat de gestion qui, sans doute, donne action au gérant contre celui pour qui il a payé, mais qui ne le subroge pas aux droits du porteur.

Le mandataire a droit aussi à l'indemnité des pertes, qu'à l'occasion de sa gestion, il a éprouvées, sans imprudence de sa part, et de toutes les suites de ce qu'il a fait dans les limites de ses pouvoirs. Il peut, à moins que les circonstances ne

portent à reconnaître qu'il n'entendait rendre qu'un service purement gratuit, ce qui se suppose difficilement dans le commerce, comme on l'a vu n. 138, exiger une rétribution réglée, à défaut de stipulation, par l'usage ou par l'arbitrage des juges.

571. Si le commissionnaire ne trouve pas à vendre les marchandises qui lui ont été adressées, il ne doit point les renvoyer au commettant, sans l'avoir prévenu, et sans avoir attendu ses ordres. Lorsque celui-ci retire les marchandises, l'usage détermine le taux de la rétribution qu'il doit payer au commissionnaire, pour ses soins et démarches, quoiqu'ils aient été infructueux. Ce dernier peut refuser de s'en dessaisir jusqu'à ce que les avances et commissions qui lui sont dues, même les prêts qu'il aurait faits, ou les crédits qu'il aurait ouverts dans l'espoir de cette vente, lui aient été remboursés, comme nous l'avons dit n. 486. Il peut même, pour s'en remplir à l'échéance, se faire autoriser à la vente, ainsi qu'on l'a vu n. 131.

---

* 1 *Domat* (*Remy*), *Mandat*, *Liv.* 1, *tit.* 15, *s.* 2, *n°* 2-3. } 2. Si le procureur constitué, ou autre préposé, a fait quelque dépense pour exécuter l'ordre qui lui etait commis, comme s'il a fait quelque voyage, ou fourni quelque argent, celui qui l'a chargé sera tenu de le rembourser des dépenses raisonnables qu'il aura faites pour exécuter l'ordre, quand même l'affaire n'aurait pas réussi, si ce n'est qu'il n'y eût de sa faute (C. civ. 1999); mais il ne recouvrera pas les dépenses inutiles ou superflues qu'il aura faites sans ordre.

Le mandataire salarié auquel le mandant a donné avis de se faire payer les frais par lui faits pour l'exécution du mandat, par un tiers entre les mains duquel se trouvent des fonds à cet effet, ne peut réclamer le montant de ses frais contre le mandant lorsqu'il a négligé d'en demander le remboursement à la personne qui lui avait été indiquée. — La mise en demeure du mandataire à l'effet de faire courir les intérêts des sommes dont il est reliquataire envers le mandant, peut résulter de la correspondance des parties, surtout s'il s'agit d'un mandat commercial. Voy. 1996. Un tribunal ne peut adjuger aux avoués un supplément

de taxe à titre de gratification ou indemnité *in globo*, quel que soit l'usage abusif introduit à cet égard. Autrement, il y a contravention aux dispositions prohibitives du décret réglémentaire des frais et dépens. Les avoués qui sont chargés d'affaires étrangères à leur ministère, doivent à cet égard être considérés comme agens d'affaires, *mandatores ad negotia*, et ils ont comme une action pour obtenir des salaires. Un avoué qui a donné des soins à des affaires portées devant un tribunal de commerce, peut, comme tout autre mandataire (en ayant rempli les fonctions), réclamer les salaires qui lui ont été promis. —N'ayant point agi en qualité d'avoué devant le tribunal de commerce, puisque l'art. 414 du code de procédure repousse cette qualité devant ce tribunal, il n'est point obligé pour être recevable à réclamer ses salaires, à produire un registre de recettes, comme il y serait tenu s'il eût agi en sa qualité d'avoué devant le tribunal civil, aux termes de l'art. 151 du décret du 16 février 1807, contenant réglement sur les frais et dépens.

Les actes faits par un officier ministériel reconnu par un magistrat, sur la réquisition expresse des parties, ne peuvent être considérés comme frustratoires, par cela seul qu'ils ne sont pas exigés par les lois ou réglemens ; il suffit qu'ils ne soient pas prohibés, pour que la partie qui les a requis soit obligée d'en payer les frais. Le juge de paix qui, au cas de mutation de greffier, doit dresser un bref état, sans frais des registres et papiers du greffe, aux termes de l'art. 130 du décret du 18 juin 1811, a droit d'exiger, du nouveau greffier, les frais d'un inventaire détaillé, s'il a fait cet inventaire sur la réquisition expresse du greffier.

3. Si les dépenses faites par le procureur constitué excèdent ce que le maître de la chose y aurait employé, s'il y était appliqué lui-même, il ne laissera pas d'être tenu de tout ce qui aura été dépensé raisonnablement et de bonne foi, quoique avec moins de précaution et moins de ménage. (C. civ. 1999.)

Lahaie, sur art. 1999 C. N. } *Rolland de Villargues*, v. mandat, n. 109.— Toutefois, il faut observer que la loi a voulu par là repousser la mauvaise foi du mandant qui soutiendrait en masse que le mandataire a trop fait de dépenses, mais qu'elle permet d'accueillir ses plaintes, si, précisant les points de sa demande et entrant dans les détails de la gestion du mandataire, il soutenait, par exemple, que celui-ci a acheté des matériaux à trop haut prix. (Toullier, t. 11, n. 53.)

Duranton, t. 18, n. 264. — Le mandataire qui a payé de ses deniers un objet *mobilier* qu'il a acheté au nom du mandant, et dont il est encore détenteur, a le droit de rétention jusqu'à remboursement.

Mais si l'objet a été remis au mandant, ou s'il s'agit d'un immeuble, le mandataire n'a qu'une simple créance pour être remboursé de ses avances, à moins qu'il ne se soit obligé comme caution au paiement du prix, ou qu'il se soit fait subroger aux droits du vendeur. (Voir n. 267, 268.)

1723. Le mandataire a un privilège et un droit de préférence pour le paiement de ses avances et frais mentionnés en l'article précédent, sur les choses mises entre ses mains et sur le produit de leur vente ou placement.

1723. The mandatary has a privilege and right of preference for the payment of the expenses and charges mentioned in the last preceding article, upon the things placed in his hands and upon the proceeds of the sale or disposal thereof.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 1713, et autorités sur arts. 1720, 1722.

1724. Le mandant est obligé de payer les intérêts sur les deniers avancés par le mandataire dans l'exécution de son mandat.

Ces intérêts sont calculés du jour que les deniers ont été avancés.

1724. The mandator is obliged to pay interest upon money advanced by the mandatary in the execution of the mandate. The interest is computed from the day on which the money is advanced.

[ARTICLE 1724.]

* *C. N.* 2001. } L'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1722.

* 1 *Domat* (*Remy*), *liv.* 1, *tit.* 15, *s.* 2, *n°* 4. } 4. Celui de qui la procuration ou autre ordre a obligé à des avances, soit que le procureur constitué, ou autre préposé ait emprunté les deniers, ou qu'il ait fourni du sien, remboursera, non-seulement l'argent dépensé, mais aussi les intérêts selon les circonstances; soit à cause des intérêts que celui qui a fait l'avance a payés lui-même, s'il a emprunté : ou pour le dédommagement de la perte que cette avance a pu lui causer. Car, comme il ne doit pas profiter de l'office qu'il rend, il ne doit pas aussi souffrir de perte. (C. civ. 2001.)

Les sommes dues à un avoué pour avances de frais de procédure et pour ses émolumens, ne produisent point intérêt de plein droit, comme les sommes qu'il aurait avancées pour son client en qualité de *negotiorum gestor*,

Les intérêts dûs à un associé gérant, pour avances à la société pendant sa durée, cesse de courir si, depuis sa dissolution, il néglige de rendre les comptes de gestion qui lui avaient été demandés (peu importe que l'acte de société ait stipulé des intérêts pour avances). — Au contraire, les mêmes intérêts recommencent à courir de nouveau au profit de l'associé gérant, du moment que c'est lui qui a mis ses associés en demeure de recevoir son compte et de l'acquitter.

* *Troplong. Mandat, sur art.* 2001 *C. N.* } 674. L'article 2001 fait courir de plein droit les intérêts des avances faites par le mandataire à dater du jour de ces avances.

Cette disposition nous vient des lois romaines (1); elles avaient trouvé juste que le mandataire qui s'était mis à découvert pour les affaires du mandant touchât l'intérêt de

(1) Ulpien, l. 12, § 6, D, *mandati*. L. 1, C., *mandati*. Paul, *Sent.*, II, 15, 2.

plein droit des sommes par lui avancées. De deux choses l'une, en effet : ou le mandataire a été obligé d'emprunter ces sommes, et il en a payé un intérêt dont le remboursement lui est dû ; ou il les a prises à même ses propres fonds, et comme les fonds d'un père de famille diligent ne sont pas destinés à rester oisifs, comme ils auraient fructifiés entre ses mains, le mandant lui doit l'intérêt dont l'a privé le versement dans ses affaires (1).

On sait qu'en matière de société on a coutume de faire le même raisonnement pour établir que l'associé qui a fait des

(1) L. 12, § 9, D., *mandati* (Ulpien) ; Voet ad Pand., *Mandati*, n° 10 ; Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 315.

Add. " Par conséquent, dit Duranton, n° 270, les intérêts qu'il a payés pour le mandant étant pour lui un capital déboursé, l'intérêt lui en est dû comme de la somme principale elle-même. Et il n'a pas besoin, pour obtenir l'intérêt de ses avances, de justifier qu'il a lui-même payé des intérêts pour se procurer la somme qu'il a avancée, ou qu'il aurait placé cette somme à intérêt : le code le lui accorde de plein droit dans toutes les hypothèses, à dater du jour des avances constatées ; il suffit pour cela qu'il justifie de l'époque où il les a faites ; ce qu'il fera, soit par les quittances qu'il aura retirées des créanciers du mandant qu'il a payés de ses deniers, soit de toute autre manière."

—Ces intérêts ne sont pas soumis à la prescription de cinq ans. Cass., 18 février 1836 (Sirey, XXXVI, 1, 940).

—On peut considérer comme un mandataire forcé un cocontractant qui agit seul dans l'intérêt de tous, à défaut par les autres d'agir. Et spécialement, lorsque plusieurs propriétaires sont convenues par contrat de faire exécuter à frais communs des travaux utiles à leurs propriétés respectives, si l'un d'eux agit sans leur concours et dans l'intérêt de tous, il doit être à leur égard réputé mandataire forcé, et les intérêts des avances par lui faites lui sont dus non pas seulement à dater du jour de la demande, mais du jour des avances constatées. Lyon, 22 janv. 1833 (D. P., XXXIII, 1, 216).

—Lorsqu'un des codébiteurs solidaires qui a payé le total réclame les intérêts de la portion de chacun dans la dette, Delvincourt, t. II, p. 503, notes, pense que si la créance produisait intérêts pour le créancier, ils continuent de courir au profit du débiteur qui a payé à cause de la subrogation, et que s'il n'y a pas d'intérêts stipulés, ils sont dus au débiteur, ce débiteur étant considéré à l'égard des autres soit comme manda-

avances à la société est fondé à réclamer des intérêts de plein droit (1).

675. Dans notre ancienne jurisprudence française, où les rigueurs du droit canonique avaient érigé en principe la stérilité de l'argent, les avances du mandataire ne produisaient pas, en général, d'intérêt : c'eût été autoriser une sorte de prêt à intérêt (2).

taire, soit comme caution. (Duranton, n° 245 ; *Conf.*, v° *Intérêt ;* D. A., n° 133.)

—Les avances faites par le survivant des époux pour la libération de la société d'acquêts portent intérêt à mesure qu'elles sont faites ; et la compensation n'en est opérée avec les fruits dont l'époux doit la restitution à raison de la jouissance qu'il a eue des acquêts depuis la dissolution du mariage qu'à mesure des échéances ; à cet effet, il est dressé à la fin de chaque année un compte par échelette, où les imputations se font d'abord sur les intérêts et subsidiairement sur le capital. Bordeaux, 29 décembre 1831 (D. P., XXXII, 2, 87).

—Jugé aussi que le tiers constructeur de mauvaise foi, dont le propriétaire veut conserver les constructions, ne peut être assimilé à un mandataire de ce dernier, ni réclamer, par suite, les intérêts de ses impenses utiles en vertu de l'article 2001 du code civil. (Jugé implicit.)

—Alors même qu'il serait propriétaire de la moitié de l'immeuble, comme étant aux droits de celui qui le lui avait vendu en totalité, mais qui ne pouvait en disposer que pour moitié au su de l'acquéreur. On invoquerait en vain les principes entre communistes. Paris, civ. c., 9 décembre 1839 (D. P., XL, 1, 60).

(1) Mon *Commentaire de la Société*, n° 603, où je cite les lois romaines et l'art. 2001 du code civil.

(2) Voyez la discussion d'un arrêt de la chambre des requêtes du 26 avril 1845 (Dalloz, *Obligat.*, p. 493). Voyez cependant mon *Comm. du Cautionnement*, n°s 345 et 351.

Add. *Jurisprudence.* — Même avant le code civil, le mandataire avait droit de réclamer les intérêts des avances faites pour le mandant, du jour où elles avaient été faites. Douai, 6 avril 1815 (D. A., X, 493 ; D. P., XV, 1, 301).

—L'art. 2001 du code civil n'est pas applicable à des avances et droits de commission réclamés par un mandataire dont les faits de gestion sont antérieures au code civil. Cass., 16 mai 1836 (D. P., XXXVI, 1, 369).

676. Le code civil, conçu sous l'influence d'autres idées, en est revenu aux sages dispositions des lois romaines. Il devait au mandataire cet acte de justice, afin d'établir l'équilibre et la parité entre ses droits et ceux du mandant. Le mandataire, en effet, doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son profit, à dater de cet emploi (article 1996). Réciproquement, le mandant doit être chargé de l'intérêt des sommes dont le mandataire s'est découvert, à dater de l'époque des avances.

Du reste, ce n'est pas pour procurer un gain au mandataire que ces lois, ainsi que notre article, l'ont autorisé à porter dans son compte les intérêts dont il s'agit: c'est pour empêcher qu'il n'éprouve une perte. *Non ità tamen*, dit le président Favre, *ut in lucro habeat, sed hactenùs tantùm, ne damnum sentiat* (1). Il serait évidemment en perte s'il restait à découvert sans toucher les intérêts de ses avances. *Totum hoc*, dit Ulpien, *ex æquo et bono judex arbitratur* (2).

677. Puisque notre article a voulu dédommager le mandataire et non pas l'enrichir, le juge ne lui allouera les intérêts qu'autant que son compte prouvera réellement qu'il est en avance.

Cette condition est indispensable.

Le mandataire y satisfait non-seulement lorsqu'il effectue des payements entre les mains des créanciers du mandant, mais encore lorsque, sur l'ordre exprès ou tacite de ce dernier, il tient à la disposition de ces mêmes créanciers des sommes à lui propres, que ces derniers peuvent venir retirer quand ils le voudront. Notre article n'exige pas un payement; il ne parle que d'avances; et il est évident que le mandataire est en avance lorsqu'il retire du mouvement de ses affaires une somme d'argent afin de la tenir à la disposition du mandant ou des créanciers du mandant. C'est ce qu'a très

(1) Sur la loi 12, § 9, D., *mandati*.

(2) L. 12, § 9, D., *mandati*. Voyez mon *Comm. du Cautionnement*, nos 345 et 351.

bien jugé la cour royale de Paris, par arrêt du 30 mars 1844. On se pourvu en cassation ; mais la requête fut rejetée par arrêt du 31 décembre 1845 (1).

Peu importe que les personnes à qui ces fonds sont destinés ne viennent pas les toucher au jour précis de l'échéance ; ils n'en sont pas moins avancés, dans le sens de l'article 2001, dès l'instant où le mandataire les a tenus à la disposition des destinataires.

678. Le mandataire ne serait pas en avance si, ayant dans les mains des valeurs liquides appartenant au mandant, il se servait de ses propres fonds pour gérer l'affaire, au lieu d'employer ces valeurs disponibles. Une telle manière de procéder laisserait trop visiblement paraître le but de se procurer un avantage aux dépens du mandant. Il y aurait là un prêt forcé, un prêt sans nécessité. Le juge devrait opérer une compensation entre les fonds du mandant et les fonds avancés par le mandataire.

Mais *quid juris* si les valeurs placées aux mains du mandataire n'étaient pas liquides ? Supposez, par exemple, que ce fussent des meubles meublants qu'il avait le pouvoir de vendre, mais qu'il n'a pas vendus, préférant pourvoir aux nécessités de la situation par une avance de ses propres fonds? Pourrait-on lui dire : "Il fallait, avant tout, opérer la vente " des meubles; ce n'est qu'autant que cette vente n'aurait " pas produit l'argent suffisant pour gérer l'affaire que vous " deviez vous mettre à découvert. Mais, n'ayant pas opéré " cette vente, vous vous êtes trop pressé, et vous n'avez pas " droit aux intérêts que vous sollicitez."

La solution de cette difficulté dépend plus du fait que du droit; elle est subordonnée aux circonstances. Souvent le mandataire est pressé par des créanciers rigoureux ou par une nécessité imminente. Il n'y a pas le temps pour vendre et se procurer de l'argent. S'il en prend dans sa propre caisse,

(1) Bayeux, rapporteur ; Delapalme, avocat général. Cureau de Roullée contre Delamaze. L'arrêt a été rendu après délibéré.

il fait acte de bonne administration, et l'on ne saurait lui envier les intérêts que lui alloue l'article 2001. Souvent aussi, le mandataire a pu voir que la vente des meubles ne se serait faite qu'à des conditions désavantageuses, et il lui a semblé qu'il était prudent d'attendre un moment plus favorable. N'est-ce pas encore de sa part un acte de bon administrateur que d'avoir usé de temporisation et de s'être fait un emprunt à lui-même?

Mais s'il résultait des faits de la cause que le mandataire, pouvant réaliser, ne l'a pas fait, exprés pour tirer parti de ses fonds, les tribunaux ne seconderaient pas cette manœuvre astucieuse; ils veilleraient à l'avantage du mandant.

679. Le mandataire qui est demandeur doit prouver l'époque des avances dont il demande l'intérêt. Cette preuve se fait, soit par les quittances qu'il a retirées des créanciers du mandant, soit de toute autre manière (1).

680. Le *negotiorum gestor*, à qui des avances ont été imposées par la nécessité de bien administrer l'affaire d'un absent (art. 1375 du code civil), a-t-il droit à l'intérêt de ces avances quand il prouve qu'elles étaient indispensables, qu'elles ne sont pas immodérées, et qu'elles l'ont dépouillé de sommes qui étaient destinées à fructifier entre ses mains?

A Rome, cette question n'en était pas une. Le droit romain nous a transmis une foule de décisions dans lesquelles l'affirmative est établie avec la plus grande autorité (2). La raison dit d'ailleurs hautement que, puisque le mandataire a

(1) Add. Deleurie dit, n° 11749: « Mais il faut prendre gardes aux termes: *du jour des avances constatées*. Le mandataire doit établir les avances qu'il a faites et en rapporter la preuve écrite. C'est ce qui résulte du mot *constatées*. Il indique naturellement une preuve écrite. Si cependant la somme avancée par le mandataire n'était que de cent cinquante francs ou au-dessous, il est évident qu'on ne pourrait refuser au mandataire la preuve testimoniale. *Mandatàrius impendia bonâ fide facta contrariâ actione mandati repetit eum usuris quæ ipsis absunt.*

(2) Gaius, l. 2, D., *negot. gest.*; Paul, l. 19, § 4, D., *negot. gest.*; Diocl. et Maxim., l. 18, C., *negot. gest.*; Ulpien, l. 57, D., *de usuris*; Voet ad Pand., *negot. gest.*, n° 8.

droit à des intérêts, lui qui est souvent salarié, combien à plus forte raison le *negotiorum gestor*, dont l'administration est toute gratuite, et qui par bon cœur et bonne amitié vient au secours d'une personne absente et fait pour elle ce qu'elle aurait fait si elle eût été présente !

On peut cependant opposer à cette doctrine un arrêt de la cour de cassatiou (chambre civile) du 7 novembre 1825 (1), dans lequel on lit que le code civil n'autorise plus le cours des intérêts légaux accordés par la loi romaine au *negotiorum gestor* ; et j'ai vu assez souvent les discussions du barreau se prévaloir de cette décision pour renverser la parité que le bon sens romain établit, dans l'hypothèse donnée, entre le *negotiorum gestor* et le mandataire.

Disons-le avec indépendance : de tels arrêts sont une cause d'étonnement pour le jurisconsulte. Au lieu d'être ce que Bacon appelait si bien *anchora legum*, ils bouleversent la jurisprudence et portent le trouble dans les systèmes les mieux assis.

D'abord, un premier doute s'élève: les avances dont il s'agit dans l'espèce de l'arrêt du 7 novembre 1825 étaient-elles utiles au maître ? C'est la question dominante qu'il faut toujours s'adresser quand il s'agit du *negotiorum gestor*, c'est-à-dire de celui qui n'a d'action que si *utiliter gessit.* Il ne suffit pas, en effet, de prouver qu'on a fait des avances, il faut en démontrer l'utilité ; il faut que le gérant mette en évidence ce point important, savoir, qu'il valait beaucoup mieux emprunter à intérêt que de laisser souffrir l'affaire ; en d'autres termes, que le défaut d'emprunt aurait fait péricliter l'affaire du maître et lui aurait apporté un grave préjudice : *si liberavi ex magno incommodo*, pour me servir des expressions d'Ulpien (2). Sans quoi il n'y a pas *utilis gestio*, et le *negotiorum gestor* n'a pas droit aux intérêts (3). Car les intérêts ne sont

(1) Dalloz, XXVI, 1, 17 ; Devill., VIII, 1, 208.

(2) L. 37, D., *de usuris*.

(3) Favre, sur la loi 19, § 4, D , *negot. gest.*

dus équitablement (1) que quand il y a *utilis gestio*, et que, du reste, l'avance n'est pas excessive (2).

Or, ni l'arrêt de la cour de Pau, contre lequel le pourvoi était dirigé, ni l'arrêt de rejet ne paraissent se douter de ce point préliminaire. Ils tranchent des questions de droit sans avoir songé à apurer la question de fait qui précise le droit. Ils ont l'air de croire qu'il suffisait, en droit romain, qu'une personne se fût immiscée dans les affaires d'autrui et eût fait des avances, pour qu'on lui allouât de plein droit des intérêts légaux. Erreur grave et fâcheuse ! D'abord, les intérêts du *negotiorum gestor* n'étaient pas, en droit romain, des intérêts légaux ; ils n'étaient dus qu'*ex officio judicis*, ainsi que l'enseigne Cujas (3) ; ensuite le juge ne les allouait qu'*ex æquo et bono* (4) ; il ne les allouait qu'autant que l'avance avait été exigée par des circonstances impérieuses, et que le gérant, en la faisant, avait procuré le profit du maître et diminué le sien propre (5).

Tout ceci, je le répète, avait été introduit dans le droit romain par l'équité. Les idées de bonne foi y avaient naturellement conduit le préteur. Aujourd'hui, sous l'empire de la législation la plus équitable qui fut jamais, on nous propose de nous en écarter ! On veut que la bonne foi ait moins d'empire sous le code civil que sous l'édit du préteur !

On objecte que l'article 2001 est particulier au mandat, et qu'aucune disposition pareille n'existe dans le cas de *negotiorum gestio ;* mais un code ne peut pas tout dire. Il faut voir la source de l'article 2001 du code civil ; il faut remonter au principe d'équité et de bonne foi dont il découle, et si le prin-

(1) *Ex æquitate.* Cujas insiste là-dessus, sur cette loi (lib. IX, Paul, *Ad edict.*) Et en effet Diocl. et Maxim. disnet que la bonne foi l'exige, *bonæ fides suasit* (l. 18 précitée).

(2) L. 10, § 1, D., *negot. gest.* ; l. 25, même titre.

(3) *Loc. cit.*

(4) Ulpien, l. 12, § 9, *in fine*, D., *mandati.*

(5) Cujas, *loc. cit.*

cipe est le même dans le cas de gestion d'affaires, il ne faut pas hésiter à en tirer, dans ce dernier cas, la conséquence que l'article 2001 en tire pour le mandat proprement dit. Sinon, on se sert du code sans intelligence.

Mais, d'ailleurs, est-ce que l'article 1375 n'autorise pas le juge à accorder les intérêts (1) ? Comment ! un gérant, venant au secours d'une personne absente, aura emprunté avec intérêt la somme indispensable pour faire ses affaires, et l'on dira que ces intérêts ne sont pas pour lui une dépense ! on n'en chargera pas le maître !! Ou bien, le gérant aura retiré la somme par lui avancée des mains de son banquier qui lui en payait l'intérêt, et l'on viendra soutenir que ces intérêts ne sont pas une *dépense* dont il faut l'indemniser.

Par là, l'on voit que l'arrêt du 7 novembre 1825 n'est qu'une toile d'araignée au travers de laquelle les tribunaux pourront toujours passer, lorsque le fait leur apparaîtra avec ces circonstances équitables qui, chez les Romains, déterminaient le préteur à accorder les intérêts. Ces intérêts, n'étant pas dus de plein droit et dépendant toujours d'une perte éprouvée par le gérant, trouveront une explication légitime dans les faits qui feront raisonnablement supposer que le gérant a éprouvé un dommage, une perte d'argent, dont il faut qu'il soit indemnisé.

Remarquons enfin que, dans l'espèce de l'arrêt de 1825, tout annonçait que le gérant avait fait des avances précipitées. Sa gestion était celle d'un tuteur de fait ; or on sait que le tuteur ne peut emprunter sans autorisation du conseil de famille (article 457 du code civil). A plus forte raison ne peut-il se faire d'emprunts à lui-même. Et voilà pourquoi l'article 474 du code civil, influencé par les différences qui séparent l'économie de la tutelle moderne de celle de la tutelle romaine, n'attribue pas aux avances du tuteur le privi-

(1) Noodt donne la loi 18, C., *de negot. gest.*, comme un exemple de ce qui est dû au gérant, *ad id quod abest* (sur le Digeste, au titre *De negot. gest.*)

lége des intérêts qu'il tenait, en droit romain, de la loi 30, § 1, D., *de cont. et util. act tut.*

Ainsi, on peut très bien expliquer l'arrêt de 1825 sans adopter les motifs trop absolus sur lesquels il se fonde.

Au surplus, si jamais la jurisprudence de l'arrêt de 1825 venait à donner à l'article 1375 le sens restreint qu'il ne saurait avoir, on pourrait apprendre par un arrêt de Lyon du 25 août 1831, confirme en cassation le 22 janvier 1833, comment on peut convertir une gestion d'affaires en *mandat forcé* (1), et échapper par l'appréciation des faits à une interprétation contraire à l'équité (2). Il n'est jamais permis sans doute d'éluder la loi ; mais il ne saurait être défendu de se prémunir par des appréciations loyales contre une mauvaise jurisprudence (3).

681. Tous les doutes cesseraient si le maître avait approuvé et ratifié ses gestes. La ratification produit un effet rétroactif; elle couvre la gestion par un mandat (4). Elle donne au gérant les droits du mandataire.

682. L'associé qui fait des avances à la société est censé agir comme mandataire (5). Un arrêt de la cour de cassation, du 5 vendémiaire an XI, paraît contraire à cette proposition (6); mais il faut prendre garde qu'il a été rendu sous l'empire d'une législation antérieure au code civil, où la fé-

(1) Dalloz, XXXIII, 1, 216.

(2) Je reviens sur la question des intérêts du *negotiorum gestor* dans mon *Comm. du Cautionnement*, n° 346.

(3) Add. *Jurisprudenee.* — L'intérêt des avances faites par l'avoué comme *negotiorum gestor*, est dû à compter du jour des avances. Cass., 23 mars 1819.

—Mais celui des sommes dues pour avances, frais de procédure, salaires et vacations, relativement aux procès dont il a été chargé, ne court que du jour de sa demande en justice. Il en est de même du notaire qui avance les droits d'enregistrement. (Même arrêt.)

(4) Delamarre et Lepoitevin, t. I, n° 177, p. 283.

(5) *Suprà*, n° 671.

(6) Devill., I, 1, 695.

condité des capitaux, quoique débarrassée de certaines entraves par les lois de la révolution, n'avait pas encore reçu tous ses développements légaux.

683. On assimile également au mandataire la caution qui paye en l'acquit du principal obligé (1).

684. Il reste à faire une observation : toutes les fois qu'un mandataire, ou autres personnes ayant un caractère analogue, réclameront des intérêts en vertu de l'article 2001, il faudra voir si ces avances ont été faites *procuratorio nomine*, ou bien par suite d'une obligation personnelle, propre et spéciale au mandataire.

Ainsi, le notaire qui a payé de ses deniers les droits d'enregistrement des actes passés devant lui n'est pas reçu à réclamer l'intérêt de ses avances du jour où il les a faites. La raison en est que la loi du 22 frimaire an VII rend le notaire personnellement débiteur de ces frais dans l'intérêt du fisc ; qu'ainsi il ne fait qu'acquitter sa propre obligation.

" Sans doute, disais-je dans un rapport fait à la chambre " des requêtes le 24 janvier 1840, le notaire est le mandataire " des parties pour recevoir leurs dispositions et les convertir " en acte public. Mais, quand il s'agit du payement des droits " que le fisc prélève sur les actes, le notaire n'agit plus dans " le rôle de simple mandataire des parties. Ce n'est pas par " suite de son mandat et pour le conduire jusqu'au bout " qu'il paye. Il paye parce que le fisc lui en impose une obli- " gation spéciale. Cette obligation le rend débiteur envers le " trésor ; il est lié personnellement, sauf son recours. C'est " donc dans la loi fiscale qu'il faut aller chercher les consé- " quences de l'obligation extraordinaire qu'elle impose, de " cette obligation, dis-je, qui dépasse les limites du mandat. " Car on ne la trouverait pas dans le mandat si la loi ne l'im- " posait extraordinairement. Or la loi du 22 frimaire an VII, " qui, dans son article 29, constitue le notaire débiteur du

(1) Instit. de Justinien, *De fidejussoribus*, § 6 ; Merlin, *Répert.*, v° *Intérêts*, § 2, n° 10 ; mon *Comm. du Cautionnement*, n° 345.

“ fisc, lui donne, dans l'art. 30, le moyen d'assurer son rem-
“ boursement du côté de la partie débitrice ; et là, elle ne
“ parle pas des intérêts de plein droit; elle les repousse donc
“ par son silence, et dès lors les intérêts ne peuvent être dus
“ que du jour de la demande.”

J'ajoutais d'autres considérations, à la suite desquelles la chambre des requêtes a rendu un arrêt du 24 juin 1840 qui sanctionne ces idées (1). D'autres arrêts antérieurs avaient préparé les fondements de cette jurisprudence (2). Mais il y avait quelques tiraillements (3) auxquels l'arrêt rendu à mon rapport a, je crois, mis fin.

684 2° (4).

Lahaie, sur art. 2001 C. N. } *IIua. Des avances constatées.*—Par réciprocité, il en doit pour les sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi : mais le reliquat de son compte n'en produit que du jour où il est mis en demeure. (Art. 1996).

Pandectes françaises. — Bien que le mandataire doive rapporter la preuve écrite des avances qu'il a faites, ce qu'indique

(1) Devill., XL, 1, 503.

(2) Cass., 30 mars 1830 (Dalloz, XXX, 1, 188 ; Devill., XXX, 1, 131); 11 novembre 1833 (Devill., XXXIV, 29).

(3) Pour l'opinion que les intérêts sont dus au *notaire* pour déboursés et avances : Grenoble, 14 juillet 1838 (Devill., XXXIX, 2, 134) ; Riom, 8 déc. 1838 (Devill., XXXIX, 2, 419). — Pour la négative : cass., 30 mars 1830 (*idem*, XXX, 1, 131). 11 nov. 1833 (*idem*, XXXIV, 1, 29), 24 juin 1840 (*idem*, XL, 1, 503), rendu à mon rapport ; Caen, 7 juin 1837 (*idem*, XXXVII, 2, 409).

(4) Add. Quid *si le mandataire est en retard de présenter son compte?* —Armand Dalloz, *Mand.*, n° 339, dit à ce sujet : “ Au surplus, de quelque manière que le mandataire dresse son compte, son intérêt exige qu'il le présente le plus tôt possible, car s'il est taxé de ne l'avoir pas rendu, il ne peut réclamer l'intérêt des avances qu'il a faites pour son mandant. Toullier, t. XI, n° 49 ; Pardessus, t. II, n° 358. Civ. c , 21 juin 1819 (D. A., XII, 95 ; D. P., XIX, 1, 450).”

le mot *constatées*, si la somme avancée par lui n'était que de 150 fr. ou au-dessous, on ne pourrait lui refuser la preuve testimoniale.

A. Dalloz, mandat, n. 407.— La preuve de ces avances doit se faire, soit par les quittances que le mandataire aura retirées des créanciers du mandant qu'il a désintéressés de ses deniers, soit de toute autre manière.

Les parties doivent les intérêts des frais d'enregistrement avancés par les notaires. (Sirey, 33, 2e part., p. 421).

1725. Le mandant est obligé d'indemniser le mandataire qui n'est pas en faute des pertes que celui-ci a essuyées en exécutant le mandat.	**1725. The mandator is obliged to indemnify the mandatary who is not in fault, for losses caused to him by the execution of the mandate.**

---

* *C. N.* 2000, (*Contrà*). } Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable.

Voy. les remarques de MM. les Commissaires sur cet article, et *Pothier*, *Mandat*, n° 75 et s., cité sur art. 1722.

---

* *ff. Mand. vel cont.*, *Liv.* 17, *Tit.* 1, *L.* 20 *et L.* 26, § 6-7. } *L.* 20. Ex mandato, apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere fœneratam pecuniam non potuit. (Paulus).

L. 26, § 6. Non omnia quæ impensurus non fuit, mandator imputabit, veluti quod spoliatus sit à latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo, suorumque adprehensus,

quædam erogaverit : nam hæc magis casibus, quàm mandato imputari oportet.

§ 7. Sed cùm servus quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait, mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxæ dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit : quod si ego scissem talem esse servum, nec prædixissem, ut possis præcavere, tunc, quanti tua intersit, tantum tibi præstari oportet. (PAULUS).

Ibidem. } *L.* 20. Celui qui s'est chargé d'un man-
Trad. de M. Hulot. } dat ne peut rien gagner à cette occasion, comme il ne doit rien perdre s'il ne peut pas retirer des débiteurs les capitaux des sommes placées à intérêts. (PAUL).

L. 26, § 6. Le mandataire ne pourra pas se faire tenir compte des dépenses inattendues, par exemple s'il a souffert du tort à l'occasion de ce qu'il a été pillé par des voleurs, ou parce qu'il aura perdu quelque chose dans un naufrage, ou parce qu'étant retenu par une maladie qui lui est survenue ou aux siens, il aura été obligé de faire plus de dépenses : car ces pertes doivent être attribuées au malheur plutôt qu'au mandat.

§ 7. Mais si un esclave vole le mandataire qui avoit été chargé de l'acheter, Nératius pense qu'il obtiendra en conséquence de l'action du mandat, que l'esclave lui soit abandonné en réparation, pourvu toutefois qu'il n'y ait point eu de la faute du mandant : car s'il a su que l'esclave étoit sujet à voler, et qu'il n'en ait point averti le mandataire, il sera obligé de l'indemniser en entier de ce qu'il aura perdu en cette occasion. (PAUL).

---

* *Troplong, Mandat, sur art.* } 654. L'article 1999 a traité
2000 *C. N.* (*Contrà*). } des frais et déboursés faits par le mandataire, ainsi que de son honoraire. Notre article va traiter des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion (1).

(1) Pothier, n° 75. *Infrà,* art. 2028. Mon *Comm. du Cautionnement*, n° 341.

[ARTICLE 1725.]

De même que le mandataire ne doit rien garder de sa gestion, de même il ne doit rien perdre à l'occasion de cette gestion. Notre article est le corrélatif de l'article 1993. Paul a rapproché, dans le même texte, ces deux antithèses. *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet* (1). La justice de cette règle est si manifeste et si palpable, qu'il suffit de la poser pour la rendre convaincante.

655. Suivant Pothier, il faut distinguer si le mandat a été la cause, ou s'il n'a été que l'occasion, des pertes souffertes par le mandataire. Dans le premier cas, il reconnaît que le mandataire doit être indemnisé (2); mais dans le second, c'est-à-dire si le mandat n'a été que l'occasion de la perte, il veut que le mandant ne soit tenu d'aucune indemnité (3).

A l'appui de cette distinction plusieurs fois répétée dans ses ouvrages (4), Pothier cite ce texte de Paul (5). Un mandataire est attaqué et volé dans un voyage qu'il faisait pour l'accomplissement de son mandat ; ou bien, il perd quelque chose dans un naufrage dont il est victime dans les mêmes circonstances ; ou bien encore, il tombe malale en route, et fait des dépenses pour lui et pour les siens. Dans tous ces cas, dit Paul, le mandant ne doit pas être recherché. De tels sinistres sont plutôt l'effet du hasard qu'une conséquence du mandat : *Hæc magis casibus quàm mandato imputari debent.*

(1) L. 20, D., *mandati. Junge* Ulpien, l. 15, D., *mandati.* Arg. des lois 10, *de reg. juris.* L. 7, D., *de commodo et peric. rei venditæ.* L. 61, § 5, D., *de furtis.*

(2) Add. " On peut citer pour exemple du premier cas, dit Delvincourt, t. VII in-8°, p. 326, celui où le mandataire aurait acheté un troupeau désigné par le mandant, lequel se serait trouvé infecté d'une maladie contagieuse, par suite de laquelle ses bestiaux auraient péri : il est certain que c'est l'exécution du mandat qui est la cause de cette perte; le mandant est donc tenu de l'en indemniser."

(3) N° 76.

(4) Voyez son *Contrat de Change,* n° 97.

(5) L. 26, §§ 6 et 7, D., *mandati.*

656. C'est pourquoi Cujas nous apprend que Jean Andrea, docteur en droit canonique à Bologne, ayant été envoyé au pape, qui résidait alors à Avignon, avec une mission diplomatique que lui avaient conférée la ville de Bologne et le cardinal Gille (1), cet envoyé fut arrêté et dépouillé par une bande de voleurs en Italie. Il demanda une indemnité à la ville de Bologne ; mais le collége des docteurs bolonais décida, par le texte de Paul, qu'il ne lui était rien dû. *Fortunæ imputanda sit, non mandato negotio* (2).

657. Nous avons cependant vu, dans notre *Commentaire de la Société* (3), que, dans un cas pareil, la jurisprudence romaine, après une lutte entre les Sabiniens et les Proculéiens, avait fini par se ranger à l'opinion des premiers, et par considérer les dommages de ce genre comme tombant à la charge de la société (4).

Pourquoi cette différence entre deux contrats où la bonne foi doit régner avec un égal empire ?

658. Le président Favre trouve la décision de Paul trop dure : *Mihi tamen duriuscula videtur hæc Pauli sententia.* Il lui oppose une décision plus équitable d'Africain, positivement rendue en matière de mandat, et érigeant en règle générale que toutes les fois que le mandataire peut alléguer qu'il n'aurait pas souffert le dommage s'il n'avait pas accepté le mandat, il est juste qu'il soit indemnisé : *Justissimè enim allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset* (5). Favre veut donc, avec Accurse, qu'on donne la préférence à ce texte d'Africain, pourvu toutefois qu'il soit

(1) Ægidius.

(2) Cujas, sur cette loi, dans le comm. du liv. XXXII de Paul, *ad edict.* Voy. *infrà*, n. 666, un arrêt du parlement de Paris contraire à cette décision.

(3) Nos 606, 607.

(4) Pomponius, l. 60, § 1, D., *pro socio.* Ulpien, l. 61, D., *pro socio.* Surtout l. 52, § 4, D., *pro socio,* qui est de Julien.

(5) L. 61, § 5, D., *de furtis.*

certain que le mandataire n'eût pas éprouvé ces événements adverses sans le mandat qu'il accomplissait.

Ainsi, aux yeux du président Favre, Paul se trouve placé en opposition avec les règles du contrat de société, en opposition avec les principes mêmes du mandat posés par Africain ; Paul doit succomber.

659. Pothier est moins sévère ; il cherche à concilier les textes et à sauver les antinomies. Voici son ingénieuse interprétation :

Quand les lois romaines, qui traitent de la société, ont déclaré que la perte éprouvée par l'associé volé dans son voyage est une perte sociale, elles ont entendu que le lieu où l'associé a été volé était un lieu infesté de voleurs et manifestement dangereux, par lequel l'associé ne se serait pas exposé à passer s'il n'y eût été obligé par les affaires de la société. La gestion sociale est donc la cause du risque ; elle est la cause de la perte. La société doit indemniser l'associé.

Mais, dans la loi 26, § 6, D., *mandati*, le lieu où le voyageur a été volé n'était pas plus dangereux qu'un autre ; on ne peut donc pas dire qu'en se chargeant du voyage le mandataire se soit exposé à un risque qui fût une dépendance de cette gestion. La gestion a peut-être été l'occasion de la perte ; elle n'en a pas été la cause : *Magis casibus imputari oportet.*

Pothier applique le même argument au cas de naufrage.

Cette explication peut paraître spécieuse à ceux qui tiennent à toute force à ce que le corps de droit ne contienne pas d'antinomie. Quant à moi, je ne vois rien de plus naturel qu'un désaccord d'opinion entre des jurisconsultes appelés à se prononcer sur des matières aussi difficiles que celles que le droit soumet à ses études. J'admets donc l'antinomie ; elle me paraît moins une tache que le résultat nécessaire de l'indépendance d'esprit dés grands jurisconsultes de Rome. Et quant aux efforts de conciliation, si à la mode jadis, et qui ont fait dépenser tant d'art et d'esprit aux Passeribus (1)

(1) Voyez son savant livre intitulé : *Conciliatio legum.*

et autres, je n'en fais pas plus plus de cas qu'il ne faut. Je laisserai en conséquence Pothier avec les sous-entendus par lesquels il vient en aide aux textes, et auxquels les textes ne se prêtent peut-être pas avec assez de souplesse.

660. Ce qui me paraît clair, c'est que notre article a positivement condamné sa distinction entre les pertes dont le mandat est *cause*, et celles dont il n'est que l'*occasion*. Notre texte vaut bien celui de Paul; or je crois que Paul n'a pas trouvé plus de faveur auprès des rédacteurs du code civil qu'auprès d'Accurse et du président Favre. Le code tient fort peu à ces distinctions entre la *cause* et l'*occasion*. Il n'y tient pas plus en matière de mandat qu'en matière de dépôt. Conséquent avec lui-même, il a mis l'art. 2000 en parfait rapport avec l'art. 1947 (1). Il veut que l'*occasion* ne soit pas moins à considérer que la *cause*; et rien n'est plus juste, toutes les fois que cette occasion se trouvera liée à l'exécution du mandat, toutes les fois que le risque et le dommage seront *inséparables* (comme le dit l'article 1852 du code civil) de la gestion du mandataire (2).

(1) Mon *Comm. du Dépôt*, n° 188.

(2) Add. Op. conf. de Demante, n° 748 ; de Zachariæ et ses annotateurs, § 414 ; de Delvincourt, t. VII in-8°, p. 326 ; de Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 318 ; de Favard de Langlade, *Mandat*, n° 3, où il dit : « Mais si le mandataire était volé de son propre argent dans un voyage qu'il faisait pour l'exécution de son mandat, pour qui la perte ?

« Cette question doit se résoudre d'après les circonstances et la maxime de la loi 61, § 6, ff., *de furtis : Nemini officium suum damnosum esse debet*, consacrée par l'art. 2000 du code civil."

O. Leclercq, t. VI, p. 539, dit aussi : « On suppose que l'affaire dont le mandataire est chargé exige un voyage de sa part, et qu'on lui ait volé en chemin l'argent qu'il avait et qui lui était nécessaire pour la terminer, ainsi que pour les frais de rente : le mandant devra-t-il le rembourser ? Je le crois. Cette perte est arrivée à l'occasion du mandat ; c'est une suite de son exécution, puisque le voyage était nécessaire : on suppose toujours qu'il n'y a point de faute ou d'imprudence imputable (art. 2000); car, s'il était connu que le chemin qu'il a pris était infesté de voleurs, et

661. La preuve, du reste, que la conciliation de Pothier pourrait bien n'être pas entièrement satisfaisante et qu'il y a eu dissentiment entre les jurisconsultes romains, c'est le cas suivant :

"Vous avez acheté, en vertu de mon mandat, un esclave, et cet esclave vous a volé sans votre faute. Devrai-je vous indemniser ? Sans aucun doute, répond Africain. N'est-ce pas, en effet, par suite du mandat que cette perte est éprouvée (1) ? Paul, au contraire, veut qu'on distingue : si le man-

qu'il y en eût un autre, quoique plus long peut-être, il devait le prendre ou renoncer au mandat."

Duranton, nº 269, après avoir rapporté le texte des lois romaines, poursuit en disant : " Les rédacteurs du code ayant cru, avec raison, devoir décider qu'un associé a action contre la société pour les risques inséparables de sa gestion, et ayant pareillement décidé que la personne qui a fait un dépôt doit indemniser le dépositaire de toutes les pertes que le dépôt lui a occasionnées, ils ont dû par cela même, en s'écartant de la doctrine des jurisconsultes romains suivie par Pothier, accorder une indemnité au mandataire pour les pertes essuyées par celui-ci à l'occasion de sa gestion, sans aucune faute qui lui fût imputable ; car le mandat, de sa nature, est un contrat de bienfaisance, et il ne serait pas conforme à l'équité que le mandataire qui a voulu rendre un service en souffrît un préjudice. En vain objecterait-on que la cause du préjudice est le cas fortuit et non le mandat : oui, la cause directe, immédiate, du préjudice, est le fait qui l'a produit ; mais sans le mandat lui-même, ce fait n'aurait pas eu lieu ; le mandat en est donc la cause, sinon immédiate, au moins médiate.

" Et comme notre art. 2000 ne distingue pas si le mandat est ou non avec salaire, sa disposition s'applique à l'un comme à l'autre cas. D'ailleurs, le contrat de société est bien dans l'intérêt de toutes les parties, et cependant l'associé qui a éprouvé une perte qui a été le résultat d'un risque inséparable de sa gestion, a droit d'être indemnisé par la société ; donc le mandataire avec salaire doit l'être aussi. Peu importe que, dans le cas de société, l'associé qui a éprouvé la perte en supporte sa part comme les autres, tandis que dans le cas de mandat, même avec salaire, nous la mettons en entier au compte du mandant ; cela tient à ce que l'opération dont le mandataire était chargé était toute dans l'intérêt du premier, quoiqu'il payât un salaire pour qu'elle fût faite par un autre."

(1) L. 61, § 5, D, *de furtis*.

dant n'a commis aucune faute, il sera quitte en abandonnant l'esclave au mandataire pour toute réparation. Mais si le mandant a su que l'esclave était voleur, et qu'il n'en ait pas averti le mandataire, alors seulement il sera passible de dommages et intérêts (1).

Eh bien ! je le demande : Paul n'est-il pas conséquent, ici, avec l'idée que Pothier cherchait tout à l'heure à atténuer ? N'est-ce pas, sous une autre forme, ce principe que Favre appelait *duriuscule ?*

Cujas a beau faire remarquer qu'il y a des degrés dans l'équité (2) et qu'Africain a préféré l'équité la plus large (3), tandis que Paul s'en est tenu à une équité plus étroite (4). Il n'est pas moins certain que Paul n'a pas une opinion conforme à celle d'Africain sur notre question de responsabilité ; il n'est pas moins certain que l'unanimité des jurisconsultes romains, ce rêve de quelques interprètes, n'existe pas ici. Cujas le reconnaît expressément (5). Je ne vois donc pas pourquoi on se donnerait tant de mal pour montrer que ce que Paul a écrit sur le mandat n'est pas en opposition avec ce que Julien et Ulpien ont écrit sur la société.

662. Quant à la solution que la question examinée par Paul et Africain doit recevoir sous l'empire de notre article, il est inutile de dire qu'elle ne saurait être douteuse et que la décision d'Africain doit être notre règle. Le mandat a été l'occasion de la perte soufferte par le mandataire ; sans le mandat, le mandataire n'aurait pas éprouvé de perte : *non fuisse damnum passurum si mandatum non suscepsisset* (6). Cette perte, en un mot, est inséparable de sa gestion (7). Le mandant est donc tenu de la réparer.

(1) L. 26, § 7, D., *mandati.*
(2) Sur la loi 26, § 7, D., *mandati*, au livre XXXII de Paul, *ad edict.*
(3) *Ex æquitate quâdam summâ et majori.*
(4) *Non ex rigore, sed ex minori quâdam æquitate.*
(5) *Junge* Favre, sur la loi 26, § 7, D., *mandati.*
(6) *Suprà*, nº 658, texte d'Africain.
(7) Art. 1852 du code civil.

663. On voit que ceci ramène la difficulté à des termes très-nets, et si on compare cette théorie à celle de Pothier, on sera frappé de la supériorité de la première sur la seconde. L'application, d'ailleurs, en est aussi simple que l'autre est compliquée et embarrassée de distinctions.

Supposons, par exemple, que je sois chargé par vous d'aller, pour votre compte, faire des achats à Lyon. Je suis pris dans cette ville d'une fièvre qui me retient au lit pendant plusieurs mois et me fait éprouver des pertes considérables. Devrez-vous m'en indemniser? Non certainement; car il n'est nullement prouvé que cette fièvre soit la suite inséparable de l'exécution du mandat. J'en avais peut-être le germe en moi-même, et probablement je serais tombé malade chez moi comme je suis tombé malade à Lyon. C'est donc le cas de dire avec Paul : *Hoc casibus, magis quàm mandato, imputari debet* (1).

664. Mais si, dans l'espèce posée, et lorsque je suis en route pour ma destination, la voiture verse et me casse un bras, c'est tout autre chose. L'exécution du mandat est ici l'occasion de mon accident. Je dois être indemnisé. *Non damnum passurum si mandatum non suscepisset.* Africain nous donne la raison de la solution.

665. Autre exemple.

Pierre envoie François en Algérie pour terminer une affaire ; dans la traversée, il y a une tempête par suite de laquelle François perd tout son bagage ; il est évident, quoi qu'en dise le jurisconsulte Paul, que cette perte doit retomber à la charge du mandant ; elle se lie à l'exécution du mandat; elle en est inséparable, puisque si François fût resté chez lui, rien de pareil ne lui fût arrivé.

666. Il en serait de même si François avait été dépouillé par les Bédouins dans une excursion entreprise pour les affaires du mandant. Charondas rapporte un arrêt du parle-

(1) Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 318.

ment de Paris du 1er février 1573 (1), dans l'espèce duquel François Simon, instituteur de Jacques Bigot, ayant été détroussé par les voleurs, fut non-seulement déchargé des sommes appartenant au mandant qui lui avaient été volées, mais même indemnisé par Jacques Bigot des pertes personnelles que ce vol lui avait occasionnées.

On voit que le parlement de Paris n'était pas aussi attaché que les docteurs de Bologne au texte de la loi 26, § 6, D., *mandati* (2).

667. Isaac Guibert neveu, voyageant pour le compte de Guillaume Guibert, son oncle, fut capturé en mer par des pirates barbaresques. Ses parents l'ayant racheté pour une somme de 1,200 livres, Guillaume Guibert, son mandant, fut condamné, par arrêt du parlement de Paris du 16 février 1605, à rembourser cette somme (3).

Il existe un arrêt conforme du parlement de Bordeaux en date du 30 avril 1630 (4). Fiton conduisait, pour le compte d'Esteben, marchand à Bordeaux, dont il était le facteur, un bateau chargé de vin. Il fut pris par les Turcs et mis en servitude. Sa captivité dura quatre ans. Au bout de ce temps, il fut racheté moyennant 780 livres. A son retour, il intenta une action en indemnité contre les représentants d'Esteben, et le parlement lui alloua 1,000 livres pour ses dommages.

Despeisses rapporte des arrêts de la cour des aides de Montpellier, des 22 avril et 26 juin 1585 et 13 août 1641, qui condamnèrent des communautés à supporter la rançon de délégués commis pour aller soutenir leur procès, et capturés en route par ceux du parti contraire (5).

(1) Pand., livre II, chap. *du Mandat*, et *Reponses*, livre VII, chap. CLXXXVI. Maynard, liv. IV, chap. XVI. Despeisses, *Mandat*, t. IV, sect. IV, *octavo*. *Junge* Toubeau, p. 127.

(2) Voyez, en effet, *suprà*, n° 656, l'espèce rapportée par Cujas.

(3) Peleus, *Quest. illustres*, quest. 137 ; Automne, sur la loi 10, D., *de negot. gest.* ; Despeisses, *loc. cit.* ; Toubeau, p. 127.

(4) Toubeau.

(5) *Loc. cit.*

On trouve des arrêts semblables du parlement de Toulouse (1), du parlement de Dijon (2) et du parlement d'Aix (3). Pothier n'a pas tenu assez de compte de ces monuments importants de la jurisprudence française.

668. Il en aurait été autrement si le mandataire eût voyagé pour d'autres affaires à lui personnelles. Dans ce cas, il n'aurait pas été possible d'opposer au mandant la raison décisive : *Non fuisse damnum passurum, si mandatum non suscepisset* (4). On doit, alors, dire avec Paul que cet événement compte plutôt dans le nombre des événements fortuits que dans les suites du mandat.

669. Mais tous les doutes disparaissent dans le cas suivant, jugé par la rote de Gênes (5). La responsabilité y apparaît avec une évidence qui fait taire toutes les controverses, parce que le dommage s'y montre comme uue suite nécessaire du mandat.

Augustin faisait à Alger des opérations de commerce par mandat et commission d'André Costa (6). Un certain Nicolas Gadacio, agissant d'ordre du même André Costa, eut besoin d'argent pour acheter des marchandises et racheter des captifs; afin de s'en procurer, il donna à Augustin en otage à des marchands africains, dont l'usage était à cette époque de prêter leurs fonds en retenant pour assurance un facteur de l'emprunteur. Augustin, voulant, au bout d'un certain temps, faire cesser sa détention à Alger, actionna les représentants

(1) Maynard, *loc. cit.*

(2) Bouvot, t. II, q. 10, v° *Larcin.*

(3) Steph. de Saint-Jean, décis. 7, et Despeisses, *loc. cit.*

Add. On lit dans Malleville, sur l'art. 2000 : " Serres, sur le § *Instit. mand*, en rapporte deux arrêts, l'un relatif à un syndic de collége qui, en allant donner à ferme un bien de ce collége, fut fait prisonnier et rançonné de 300 livres, et l'autre d'un procureur fondé, auquel on vola à Toulouse 1,170 livres de dépens qu'il avait obtenus."

(4) Arrêt du parlement de Paris, rapporté par Leprêtre et Toubeau. Add Op. conf. de Deleurie, n° 11747.

(5) Décis. 178.

(6) *De commissione et mandato illius.*

de Costa, tant pour éteindre le principal de la dette en vertu de laquelle il était retenu en otage, que pour le rendre indemne de toutes les pertes qu'il avait éprouvées dans ses propres affaires pendant le temps qu'avait duré cette sorte d'hypothèque personnelle. La rote trouva sa prétention bien fondée, et condamna la succession d'André Costa à lui tenir compte du *lucrum cessans* et du *damnum emergens* (1).

670. A plus forte raison faudrait-il indemniser le mandataire si c'était par la faute ou par la malice du mandant que le mandataire eût été victime de la perte.

Un fidéjusseur paye le créancier, ignorant que le débiteur qu'il avait cautionné avait déjà éteint la dette. Sans aucun doute, il aura action contre ce débiteur aux ordres duquel il a obéi en se portant fidéjusseur. C'est ce dernier qui est cause qu'il a payé hors de propos, en lui laissant ignorer qu'il n'y avait plus de dettes à acquitter. Le débiteur devait savoir que le fidéjusseur ne pouvait pas deviner ce fait; il devait l'en instruire (2).

Un individu, propriétaire de diamants faux, charge un commissionnaire résidant en Barbarie de lui en procurer la vente. Ce dernier ignorait que les diamants n'étaient pas légitimes. Mais le commettant savait positivement à quoi s'en tenir. Le commissionnaire les vend au dey pour une somme considérable. Bientôt ce dernier s'aperçoit qu'il a été trompé; il fait saisir et emprisonner le commissionnaire; il confisque même tous ses biens. Le commissionnaire, qui a agi de bonne foi et à qui son mandant a laissé ignorer la fausseté des diamants, aura-t-il action contre ce dernier ? Il n'y a pas à en douter, et cette fois nous avons Paul lui-même pour notre opinion (1). Le commettant a tendu un piége à son commissionnaire; il est la cause de sa ruine; il doit la réparer (2).

(1) N° 5.

(2) Ulpien, l. 8, § 6, D., *mandati*; et Favre dans ses *Rationalia* sur ce texte.

(3) L. 26, § 7, D., *mandati*.

(4) Delamarre et Lepoitevin, t. II, n°s 317 et 318.

671. On a demandé si les principes que nous venons d'exposer sur la réparation des pertes supportées par le mandataire sont également applicables dans le cas où le mandat est salarié et dans les cas où il est gratuit.

En principe, l'affirmative est certaine (1). La loi ne distingue pas. Nous venons de voir d'ailleurs la jurisprudence allouer des dommages et intérêts dans des cas où le mandat était salarié ; et s'il était nécessaire d'ajouter d'autres exemples, je citerais diverses dissertations dans lesquelles Scaccia établit que celui sur lequel une lettre de change a été tirée et qui, comme on le sait, est le mandataire du tireur (2), a l'action *mandati contraria* contre ce dernier (encore bien qu'il ait de droit une provision), dans tous les cas où le mandat de payer la lettre de change est pour lui la cause ou l'occasion de quelques pertes.

Ainsi, Scaccia (3) veut que si le porteur falsifie la lettre de change et y écrit une plus forte somme que celle qui y est portée (et cela avec assez d'art pour tromper une personne attentive et exercée), le banquier sur qui la lettre est tirée, le banquier mandataire du tireur, ait contre ce dernier une action pour se faire indemniser de ce qu'il a payé de plus que la lettre ne portait ; car, sans cela, il éprouverait un préjudice à l'occasion du mandat ; et *mandator debet refundere mandatario quidquid inculpabiliter abest ex causâ mandati* (4).

672. Néanmoins, il faut consulter les circonstances pour voir si, en allouant un salaire au mandataire, on n'a pas entendu que les pertes résultant de la gestion du mandat resteraient à sa charge.

Par exemple, un envoyé extraordinaire diplomatique ou

(1) Idem, n° 318. Duranton, t. XVIII, n° 269.

Add. Voyez ci-dessus, n° 660, à la note, l'opinion de Duranton.

(2) *Suprà*, n° 55.

(3) § 2, glose 5, q. 15.

(4) Pothier est d'avis contraire par suite de sa distinction entre la cause et l'occasion (*Contrat de Change*, n° 97).

un ambassadeur, dont le traitement est fixé par l'Etat avec générosité, ne serait pas reçu à se plaindre qu'il a été volé en route, ou qu'il a perdu des effets mobiliers dans une traversée de mer.

Le président Favre rapporte dans son code que le procureur d'une communauté religieuse, voyageant pour les affaires de sa charge, perdit son cheval en route et demanda à en être remboursé. Une décision du sénat de Chambéry décida qu'il n'y était pas fondé (1). Un tel accident, en effet, est du nombre de ceux dont le contrat est censé avoir voulu que le mandataire se tînt pour indemnisé par son traitement.

673. Au surplus, il est clair que si les pertes souffertes par le mandataire provenaient de sa faute ou de son imprudence, il ne serait pas reçu à en demander au mandant l'indemnité (2).

C'est pourquoi si un banquier paye imprudemment une lettre de change à quelqu'un qui l'a volée et dont il pouvait constater la non-identité avec le véritable propriétaire, il n'aura pas, contre le tireur, l'action *mandati contraria* (3).

673 2° (4).

(1) *Code*, liv. IV, t. XXVI, déf. 29.

(2) Paul, l. 26, § 7, D., *mandati*. Texte de l'art. 2000.
Add. Op. conf. de Demante, n° 748.

(3) Pothier, *Change*, n° 104.

(4) Add. *Si l'exécution du mandat n'a pas laissé à celui qui en est chargé le temps de vaquer à ses propres affaires, le tort qu'il en éprouve pourra-t-il être considéré comme perte donnant lieu à indemnité?*— Mazerat sur Demante, nos 721, 748, répond : « Il est indubitable que le mandataire qui, par rapport au mandat, a été obligé de négliger ses propres affaires, a droit à une indemnité pour le tort qu'il en a éprouvé. Cela résulte de cette locution de l'art. 2000, qui veut que le mandataire soit indemnisé des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion. Le code a voulu trancher la distinction de Pothier, qui n'accordait une indemnité que pour les pertes dont le mandat avait été la cause. Voyez Pothier, nos 76 et 77."

Deleurie dit au contraire, n° 11746 : « Si le mandataire, par suite du soin qu'il donne aux affaires du mandant, n'a pas le temps de pourvoir

[ARTICLE 1725.]

* 1 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 1, *Tit.* 15, *sec.* 2, *n*° 6. } Si un procureur constitué souffre quelque perte, ou quelque dommage, à l'occasion de l'affaire dont il s'est chargé, on jugera, par les circonstances, si la peine devra tomber sur lui, ou sur celui de qui il faisait l'affaire. Ce qui dépendra de la qualité de l'ordre qu'il fallait exécuter, du péril, s'il y en avait, de la nature de l'événement qui a causé la perte, de la liaison de cet événement à l'ordre qu'on exécutait, du rapport de la chose perdue ou du dommage souffert à l'affaire qui en a été l'occasion, de la qualité des personnes, de celle de la perte, de la nature et valeur des choses perdues, des causes de l'engagement entre celui qui avait donné l'ordre et celui qui l'exécutait, et des autres circonstances qui peuvent charger l'un ou l'autre de la perte, ou l'en décharger. Sur quoi il faut balancer la considération de l'équité, et les sentimens d'humanité que doit avoir celui dont l'intérêt a été une cause, ou une occasion de perte à un autre. (C. civ. 2000.)

On n'a pas mis dans cet article d'exemples particuliers, pour ne pas embarrasser la règle. Mais en voici quelques-uns qui peuvent donner des vues pour aider à en faire l'application.

Si celui qui se charge des affaires d'un autre, ou prend un tel soin, qu'il n'ait pas le temps nécessaire pour pourvoir aux siennes, les pertes qui pourront lui en arriver seront des événements qu'il doit s'imputer. Car il a dû prendre ses mesures pour ses affaires en se chargeant de celles des autres. V. l'art. 13 de la sect. 4 de la société.

Si une personne, se chargeant d'aller pour une autre à un lieu où son affaire propre l'oblige de porter quelque argent, et que se servant de l'occasion, et le portant, il lui soit volé, celui qui l'avait engagé à ce voyage, ne sera pas tenu de cette perte, qui ne le regarde en façon quelconque.

Si quelqu'un étant obligé à un voyage, que des voleurs, une navigation difficile, ou d'autres dangers rendent périlleux, engage à ce voyage une personne qui veut bien s'exposer à ce péril, soit par nécessité pour la récompense qu'il peut en avoir, ou par pure générosité, et que par un vol ou par un naufrage il perde ses hardes, ou que même il soit blessé, celui qui l'avait exposé à un tel événement pour s'en garantir, n'y pren-

aux siennes propres, il doit s'imputer les pertes qu'il en ressent. C'était à lui à prendre ses mesures et à ne pas accepter le mandat." Voyez ci-après, n° 804.

dra-t-il aucune part, et ne sera-t-il pas tenu de porter ou toute la perte ou une partie selon les circonstances ?

Si un ami prêtant à son ami de l'argent qu'il faut porter à la campagne pour faire un paiement, se charge aussi du voyage ; et y portant cet argent qu'il prête, est volé en chemin, portera-t-il la perte de ce cas fortuit et imprévu, et ne recouvrera-t il pas cet argent, que non-seulement il avait promis et destiné pour ce paiement, mais qu'il portait même pour l'exécuter ? V. l'art. 14 de la sect. 4 de la Société.

Si le père d'un fils débauché ayant engagé un de ses amis à le tenir dans sa maison pendant quelque temps, ce fils vole cet ami, le père ne sera-t-il pas tenu de réparer ce vol ?

Si une personne riche ou de qualité engage un homme d'une condition médiocre et de peu de bien, à un voyage pour quelque affaire, et qu'il soit volé et blessé, la justice ne demandera-t-elle pas de cette personne un dédommagement qui lui serait un devoir indispensable d'humanité ?

---

* *Story (Schouler), On Bailments*, § 200-201. } § 200. Another question is, how far the mandator is bound to indemnify the mandatary for any losses or injuries sustained by him in the execution of the trust. Now, upon this subject, the Roman law and the foreign law contain some very nice distinctions. The general rule seems to be, that the mandator is bound to indemnify the mandatary against all losses and injuries, the proximate cause of which can be directly traced to the execution of the mandate ; but not for losses and injuries of which the mandate was merely the occasion. Thus, in the Roman law it is said, that if A. is plundered by a slave, whom he has been requested by B. to buy and bring to him, B. is responsible for the loss, although he was ignorant that the slave was a thief, if the loss was not occasioned by any default of the mandatary. Pothier says, that the distinction between the cause and the occasion of a loss is most important to be attended to ; and he puts several cases to illustrate it, some of which he borrows from the Roman law. Some of these cases furnish matter of much nice and curious reasoning, and deserve the attention of critical jurists. But it will be sufficient to illustrate his meaning by

a few obvious cases. If A. undertakes to carry money gratuitously for B. to another place, and the journey is undertaken wholly on B.'s account, and A. is robbed of his own money, as well as of B.'s, on the journey, there the loss must be borne by B.; for the mandate is the cause of the loss. So if A. were going the same journey by another road, less infested by robbers, and he takes a particular road solely for B.'s accommodation, there B. must bear the loss. But if A. were making the same journey on his own account, or were bound to the same place, and there was no choice of roads, or one was not more dangerous than another, there the loss must be borne by A.; for there the mandate is not the cause, but the occasion, of the loss. So, in a case of shipwreck, if it happens in passing a river, at a place which the mandatary is accustomed to pass on his own business, there it cannot be said that the execution of the mandate, with which he is intrusted at the same time, is the cause of the loss which is sustained by the shipwreck. It is but the occasion. "Hæc magis casibus, quam mandato, imputari oportet." But if the loss happens in the course of a navigation, to the risk of which the mandatary is exposed solely in the execution of the trust, and to which he would not otherwise be exposed, there the mandate is to be considered the cause of the loss. But even in such cases, the loss of such goods or things only as are indispensable for the voyage or journey are to be repaid, and not of such as are carried for the mere pleasure or profit of the mandatary.

§ 201. How far any of these doctrines are or would be adopted into our law, cannot be satisfactorily answered by adjudged cases; for none can be found. Doctor Paley has, however, discussed the same points; and it seems fit, in the absence of all authorities, to lay before the reader the opinion of this eminent divine. "The agent," says he, "may be a sufferer in his own person or property by the business he undertakes. As where one goes a journey for another, and lames his horse, or is hurt himself by a fall on the road;

can the agent in such case claim a compensation for the misfortune? Unless the same be provided for by express stipulation, the agent is not entitled to any compensation from his employer on that account. For where the danger is not foreseen, there can be no reason to believe that the employer engaged to indemnify the agent against it. Still less, where it is foreseen; for whoever knowingly undertakes a dangerous employment, in common construction, takes upon himself the danger and the consequences. As where a fireman undertakes for a reward to rescue a box of writings from the flames, or a sailor to bring off a passenger from a ship in a storm. In such a case, however, one would incline to say with Pothier, that, if there is no legal obligation to indemnify, there is a strong moral claim upon the party from propriety and humanity to do so.

---

* *Story (Greenough), On agency*, § 341. } But it is not every loss or damage for which the agent will be entitled to reimbursement from his principal. The latter is liable only for such losses and damages as are direct and immediate, and naturally flow from the execution of the agency. If, therefore, the losses or damages are casual, accidental, oblique, or remote, the principal is not liable therefor. In short, the agency must be the cause, and not merely the occasion, of the losses or damages, to found a just right to reimbursement. This also was the rule promulgated in the civil law. " Non omnia, quæ impensurus non fuit, mandatori imputabit; veluti, quod spoliatus sit a latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque apprehensus, quædam erogaverit. Nam hæc magis casibus, quam mandato, imputari oportet." The modern jurists of Europe have fully recognized the same doctrine. Pothier, in broad language, lays it down, that all losses suffered by the agent (the mandatory), in the course or execution of his agency, and of which the agency was the proximate cause, are to be

reimbursed by his principal. But he adds, that we are carefully to distinguish whether the execution of the agency has been the cause, or only the occasion, of the loss; for, if it has been only the occasion, the principal is not bound to indemnity.

1726. Si le mandat a été donné par plusieurs personnes, leur obligation à l'égard du mandataire est solidaire.	1726. If a mandate be given by several persons, their obligations toward the mandatary are joint and several.

---

* *C. N.* 2002. } Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elle est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat.

---

* *ff. Mand. vel contr., liv.* 17, *tit.* 1, *L.* 59, § 3. } 3. Paulus respondit, unum ex mandatoribus insolidum eligi posse, etiamsi non sit conceptum in mandato : post condemnationem autem in duorum personam collatam, necessario ex causa judicati singulos pro parte dimidia conveniri posse, et debere (PAULUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } 3. Il dit encore que de deux mandataires solidaires, on pourroit s'adresser à celui qu'on voudroit choisir, quand même il n'y auroit rien de convenu à cet égard dans le mandat; mais si on a obtenu une condamnation contre tous les deux, l'action pour faire exécuter la chose jugée ne peut et ne doit être intentée contre chacun que pour moitié (PAUL).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1720.

* 1 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 1, *Tit.* 15, *sec.* 2, *n°* 5. } Si plusieurs ont constitué un procureur, ou donné quelque ordre, chacun d'eux sera tenu solidairement de tout l'effet de la procuration, mandement ou commission envers le procureur constitué, et de le rembourser, indemniser et dédommager s'il y en a lieu, de même que s'il avait donné seul la procuration ou autre ordre; encore qu'il n'y soit pas fait de mention de solidarité. Car celui qui a exécuté l'ordre l'a fait sur l'engagement de chacun de ceux qui l'ont donné ; et il peut dire qu'il ne l'aurait pas fait sans cette sûreté de l'obligation de chacun pour toutes les suites de l'ordre qu'il donnait. (C. civ. 2002.)

Les héritiers sont tenus *solidairement* des frais et honoraires dûs à un notaire pour un travail qu'il a été chargé de faire, et qu'il a fait dans leur intérêt commun, pour parvenir à la liquidation de la succession. Les frais de rédaction doivent être avancés par le créancier, lorsque surtout le débiteur nie avoir réclamé le ministère de l'officier auquel ces frais sont dûs.

Un notaire qui est requis par deux parties de faire un ou plusieurs actes dans leur intérêt respectif, de les faire enregistrer, d'en conserver les minutes, etc., est un véritable mandataire pour les choses qu'il est chargé de faire, et a une action solidaire contre chacune d'elles, pour le remboursement de ses avances et le paiement des salaires qui peuvent lui être dûs.

Le jugement arbitral qui nomme un liquidateur d'une société commerciale, peut condamner les associés *solidairement* à payer les frais et le travail du liquidateur : le liquidateur étant le mandataire commun des associés, les associés sont tenus solidairement envers lui.

---

6 *Boileux, sur art.* 2002 *C. N.* } Le mandat est un acte officieux ; il a paru juste d'accorder à celui qui rend le service, une action solidaire contre les personnes qui en profitent (1).

La solidarité existe lors même que le mandat est salarié; car ce contrat, bien que rétribué, conserve un élément de

(1) Dans le louage d'ouvrage, la solidarité n'existe pas: Le louage n'est pas un acte officieux.

gratuité : d'ailleurs, l'art. 2002 ne distingue pas ; il se coordonne avec ceux qui le précèdent.

Observons, que la solidarité n'a lieu entre les mandants, qu'autant que le mandataire a été constitué par *plusieurs* pour une *affaire commune ;* ces deux conditions sont de rigueur : S'il a reçu pouvoir pour des affaires non communes, bien que l'acte soit unique ; ou s'il n'a reçu pouvoir que d'un seul pour une affaire commune à plusieurs, le mandant seul est obligé (Troplong, n. 693).

L'art. 2002 ne statue que sur le cas de mandat ; il garde le silence sur la gestion d'affaires : Le *negotiorum gestor* n'a donc pas d'action solidaire contre les personnes dont il a pris les intérêts, pour le remboursement de ce qui lui est du (1).

Lorsqu'une même dette a été contractée par plusieurs personnes sans solidarité, celui qui l'a cautionné est-il regardé comme mandataire pour une affaire commune ? — (Voy. art. 2030 (2).

Le notaire peut agir, pour le tout, contre chacune des personnes qui l'ont chargé de rédiger un acte relatif à une affaire qui leur est commune ; Par exemple, contre les cohéritiers qui l'ont chargé de faire la liquidation d'une succession.—Les honoraires accordés par la loi ou par l'usage, aux notaires et autres officiers ministériels, sont considérés comme indemnité de leurs soins et de l'emploi de leur temps ; comme un remboursement de leurs frais et avances : — Mais à quel titre le notaire exerce-t-il cette action ?—On admet généralement, qu'un contrat de mandat se forme entre le notaire et les parties qui ont recours à son ministère (arg. de l'art. 2002) ; Qu'il en est de ce cas comme de celui où plusieurs personnes, mues par un intérêt commun, ont promis un salaire au mandataire qu'elles ont élu conjointement (3).—Cette règle s'applique

(1) Troplong, n. 694. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n. 334.

(2) Troplong, Cautionnement, n. 379, Mandat, n. 685 et suiv.

(3) Dur., n. 271, t. 18 ; t. 12, n. 202 et 203. Rolland, Rép., v° Hon., n. 76. Troplong, n. 690. Cass. 27 janvier 1812. Cass. 19 avril 1826 ; 10 nov. 1828 ; 20 mai 1829 ; 26 juin 1820 ; 15 novembre 1820. Selon nos principes (V. p. 147 et suiv., et 575), l'action pour le tout, contre chacune des parties, est accordée aux notaires, parce que l'obligation est indivisable (1222).

même au cas où le notaire a dressé un acte de vente, nonobstant la disposition de l'art. 1593, portant qu'en matière de vente, les frais d'acte sont à la charge de l'acheteur.

Quid à l'égard de l'avoué constitué par plusieurs parties qui ont un intérêt commun, du syndic d'une faillite, d'un arbitre, du liquidateur d'une société, etc. ?—Même décision (1).

Quelle est l'effet de la ratification, lorsque le mandataire a dépassé les limites du mandat donné par plusieurs ? — Pour qu'il y eût solidarité, il faudrait que les mandants eussent tous ratifié par le même acte : si les ratifications avaient eu lieu par actes séparés, on verrait autant de mandats distincts ; chacun des mandants ne serait tenu que pour sa part et portion (2).

---

* 2 *Erskine*, *Inst. Law of Scotl.*, *Liv.* 3, *Tit.* 3, *n°* 38. } The mandant is, by this contract, obliged to replace to the mandatary all the reasonable expenses disbursed *bona fide*, and the damage sustained by him in the execution of the mandate, even though the management should not have had the expected success ; for *officium nemini debet esse damnosum*, *L.* 56. § 4. *Mand.* ; *L.* 4. *C. eod. tit.* Where there are two or more mandants, each of them may be sued by the mandatary *in solidum*, *L.* 59. § 3. *eod. tit.* Thus, an agent who had managed a law-suit at the desire of several common pursuers, was allowed to bring his action against any one of them for his whole claim of disbursement and pains ; *Feb.* 1730, *Chalmers*, (Dict. p. 14706), stated in (Folio) *Dict.* ii. p. 385.

Lahaie, *sur art.* 2002 *C. N.* } *Berlier*, exposé des motifs au Corps législatif, 3 mars 1804. — Cette disposition n'implique point contradiction avec celle qui statue que lorsqu'il

(1) Orléans, 26 juillet 1827. Grenoble, 23 mars 1829 ; Toulouse, 11 mai 1831. Dev., 32, 2, 393 ; 15 novembre 1831. Dev., 32, 2, 582. Cass. 11 mars 1824. Riom, 8 décembre 1838. Dev., 1839, 2, 419. Dall., n. 374. Bordeaux, 14 janvier 1820, 28 novembre 1840 et 15 décembre 1840. Dev., 1841, 2, 744. Pal., 1841, 1, 436. Paris, 9 novembre 1843. Pal., 1844, 1, 56, 42 août 1830.

(2) Troplong, n. 695. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n. 335.

y a plusieurs mandataires, ils ne sont tenus chacun que pour ce qui les concerne : car s'il est juste que, dans un acte officieux, celui qui rend le service ait une action solidaire contre ceux qui tirent du mandat un profit commun, il serait injuste de le charger envers ceux-ci du fait d'autrui, sans une convention expresse.

Pandectes françaises. — Mais dans ce cas, les mandans ne sont obligés solidairement qu'envers leur mandataire ; ils ne le sont pas *solidairement* envers ceux avec qui le mandataire a traité en leur nom : car, s'ils avaient traité en personne, ils ne seraient solidaires qu'autant que cette solidarité serait exprimée.

Hua.—Il n'y a point à considérer si l'objet du mandat était divisible entre les créanciers, dès qu'ils en jouissaient conjointement à l'époque du pouvoir confié au tiers. Celui-ci, en voyant un droit commun, a dû compter sur l'effet de l'indivision qui lui assurait son action solidaire contre tous.

Delvincourt, t. 2, not. 1, p. 207.—Comme le mandataire, en se chargeant de ces fonctions, remplit un office d'ami, on a voulu lui offrir dans la solidarité la plus grande sûreté possible.

Duranton, t. 18, n. 271. — Il a été jugé qu'un notaire avait une action solidaire contre les divers héritiers qui l'avaient chargé de faire la liquidation d'une succession ouverte à leur profit. L'action lui est accordée pour ses déboursés et même ses honoraires. — Il en est de même, lorsque plusieurs personnes chargent un avoué d'occuper pour elles dans une affaire qui leur est commune, ou lorsqu'un tribunal ou plusieurs personnes choisissent des arbitres ou des experts.

SECTION II.

DES OBLIGATIONS DU MANDANT ENVERS LES TIERS.

1727. Le mandant est responsable envers les

SECTION II.

OF THE OBLIGATIONS OF THE MANDATOR TOWARD THIRD PERSONS.

1727. The mandator is bound in favor of third

tiers pour tous les actes de son mandataire faits dans l'exécution et les limites du mandat ; excepté dans le cas de l'article 1738, et dans les cas où, par la convention ou les usages du commerce, le mandataire en est seul responsable.

Le mandant est aussi responsable des actes qui excèdent les limites du mandat, lorsqu'il les a ratifiés expressément ou tacitement.

persons for all the acts of his mandatary, done in execution and within the powers of the mandate, except in the case provided for in article 1738 of this title, and the cases wherein by agreement or the usage of trade the latter alone is bound.

The mandator is also answerable for acts which exceed such power, if he have ratified them either expressly or tacitly.

Voy. *C. N.* 1998 et *Domat*, cités sur art. 1720 ; *Pothier*, *Mandat*, cité sur art. 1715 ; *Troplong*, cité sur arts. 1715-1716, *Contrà lorsque le mandataire agit en son propre nom sans faire connaître le mandant.*

---

* 2 *Pothier* (*Bugnet*), *Oblig.*, *n°* 74 *et s.* } § IV. *Qu'on peut stipuler et promettre par le ministère d'un tiers, et que ce n'est ni stipuler, ni promettre pour un autre.*

74. Ce que nous avons dit jusqu'à présent, " que nous ne pouvions rien stipuler ni promettre que pour nous-mêmes, et non pour un autre ", s'entend en ce sens que nous ne le pouvons, lorsque nous contractons en notre nom : mais nous pouvons prêter notre ministère à une autre personne afin de contracter pour elle, de stipuler et de promettre pour elle ; et, en ce cas, ce n'est pas proprement nous qui contractons, mais c'est cette personne qui contracte par notre ministère.

Ainsi un tuteur, lorsqu'il contracte en cette qualité, peut stipuler et promettre pour son mineur ; car c'est le mineur

qui est censé contracter, stipuler et promettre lui-même par le ministère de son tuteur ; la loi donnant un caractère au tuteur qui fait réputer le fait du tuteur pour le fait du mineur dans tous les contrats qui concernent l'administration de la tutelle.

Il en est de même d'un curateur et de tout autre administrateur légitime ; il en est de même d'un procureur ; car la procuration que lui a donnée celui au nom duquel il contracte, fait regarder celui qui a donné la procuration, comme contractant lui-même par le ministère de ce procureur (1).

75. Si je contracte au nom d'une personne qui ne m'avait point donné de procuration, sa ratification la fera pareillement réputer comme ayant contracté elle-même par son ministère : car la ratification équipolle à procuration, *ratihabitio mandato comparatur.*

Si elle ne ratifie pas, la convention est nulle à son égard : mais si je me suis fait fort d'elle, si j'ai promis de la faire ratifier, cette promesse de la faire ratifier, est une convention que j'ai eue en mon nom avec la personne avec qui j'ai contracté, par laquelle je me suis en mon nom obligé envers elle au rapport de cette ratification, et faute par moi de la rapporter, en ses dommages et intérêts, c'est-à-dire en tout ce qu'elle souffre ou manque de gagner par le défaut de ratification (2).

76. Pour que quelqu'un soit censé avoir contracté par le ministère de son tuteur, curateur, administrateur, etc., il faut que le contrat n'excède pas le pouvoir de ces personnes.

Par exemple, si un tuteur, en sa qualité de tuteur, avait, sans le décret du juge, vendu quelque bien immeuble de son mineur, le mineur ne serait pas censé avoir fait ce contrat par son ministère ; et il n'en résulterait aucune obligation contre lui ; la vente des immeubles étant une chose qui excède le pouvoir des tuteurs.

Pareillement, pour que quelqu'un soit censé avoir con-

(1) Aussi l'art. 1119 dit-il : *en son propre nom.* (BUGNET).

(2) *V.* art. 1120 C. civ. (BUGNET).

tracté par le ministère de son procureur, il faut que le procureur se soit renfermé dans les bornes de sa procuration : s'il les a excédées, celui au nom duquel il a contracté, n'est pas censé avoir contracté par son ministère, à moins qu'il n'ait ratifié (1).

77. Il n'est pas douteux qu'un procureur excède les bornes de sa procuration, lorsqu'il fait autre chose que ce qui y est contenu, quand même cela serait plus avantageux.

Par exemple, si j'ai donné procuration à quelqu'un de m'acheter une certaine terre pour un certain prix, et qu'il en achète une autre en mon nom, et comme se disant avoir procuration de moi ; quoique ce marché soit plus avantageux, il ne m'obligera point, et je ne serai point censé avoir fait ce marché par son ministère, à moins que je ne veuille bien le ratifier ; L. 5, § 2, ff. *Mandat.*

78. Un procureur a excédé aussi les bornes de sa procuration, lorsqu'il a fait en mon nom le contrat que je lui avais donné pouvoir de faire, mais à des conditions plus désavantageuses que celles que je lui avais prescrites par ma procuration.

Par exemple, si je lui avais donné procuration pour acheter une certaine terre pour le prix de 28,000 livres, et qu'il l'ait achetée en mon nom pour 28,200 livres, je ne serai point censé avoir contracté par son ministère, et je ne serai point obligé par le contrat, parce qu'il a excédé les bornes de son pouvoir, en achetant à un prix plus cher que celui que j'avais prescrit.

Néanmoins s'il offrait de me mettre au même état auquel je serais s'il s'était renfermé dans les bornes de la procuration ; par exemple, si, dans l'espèce ci-dessus, il offrait de m'indemniser de 200 livres, je serais obligé de ratifier (2) ; L. 3, § 2 ; et L. 4, ff. *Mandat.*

(1) *V.* art. 1998 C. civ. (Bugnet).

(2) C'était une question controversée entre les jurisconsultes romains, et bien que la décision rapportée par Pothier ait prévalu, il est certain que l'opinion contraire était fondée sur une raison très plausible. En

Il est évident qu'un procureur ne peut être censé avoir excédé les bornes de la procuration, lorsqu'il a contracté à des conditions plus avantageuses que celles qui lui étaient prescrites ; L. 5, § 5, ff. *dict. tit.*

79. Pour que je sois censé avoir contracté par le ministère de mon procureur, et que le contrat qu'il a fait en mon nom m'oblige, il suffit que le contrat n'excède pas ce qui est contenu dans le pouvoir qu'il a fait apparoir à celui avec lequel il a contracté ; et il ne servirait de rien de rapporter un autre pouvoir contenant des instructions secrètes qu'il n'aurait pas suivies. Ce pouvoir secret me donne bien une action en dommages et intérêts contre mon procureur, pour n'avoir pas suivi les instructions secrètes que je lui avais données ; mais il ne peut me dégager envers celui avec qui il a contracté en mon nom, conformément au pouvoir apparent qu'il lui a représenté ; autrement il n'y aurait aucune sûreté à contracter avec des absents (1).

80. Par la même raison, quoique la procuration finisse par la révocation, néanmoins si mon procureur contracte en mon nom avec quelqu'un depuis la révocation, mais avant qu'elle ait été connue de celui avec qui il contracte, je serai censé avoir contracté par son ministère, et ce contrat m'obligera (2).

81. Pareillement, quoique le mandat finisse par la mort de celui qui le donne, et qu'il paraisse répugner que je puisse être censé avoir contracté par le ministère de celui qui, depuis ma mort, a contracté en mon nom, néanmoins s'il a contracté en mon nom depuis ma mort, mais avant qu'elle pût être connue dans le lieu où le contrat s'est fait, ce contrat

effet, le mandant va se trouver complétement à la discrétion du mandataire, celui-ci aura action s'il le veut, contre le mandant, et sans réciprocité. Ce qui n'est pas équitable · *Namque iniquum est,* disaient les Sabiniens, *non esse mihi cum illo actionem, si nolit ; ille vero, si velit, mecum esse.* L. 3, § *fin.*, ff. *Mandati* (BUGNET).

(1) *V.* art. 1321 C. civ. (BUGNET).

(2) *V.* art. 2005 C. civ. (BUGNET).

obligera ma succession, comme si j'avais effectivement contracté par le ministère de ce procureur (1).

On peut, pour cette décision et pour la précédente, tirer argument de ce qui est décidé en droit, "que le paiement fait à un procureur est valable, quoique depuis la mort du mandant, ou depuis la révocation du mandat, si la mort et la révocation n'étaient pas connues"; L. 12, § 2; et L. 32, ff. *de Solut.*

82. Nous contractons par le ministère d'un autre, non-seulement lorsque quelqu'un nous prête purement son ministère, en contractant en notre nom et non au sien, comme lorsque nous contractons par le ministère de nos tuteurs, curateurs, procureurs, etc., qui contractent en leur qualité de tuteurs, curateurs, procureurs, etc., et non en leur propre nom. Nous sommes aussi censés contracter par le ministère d'un autre, quoiqu'il contracte lui même en son nom, lorsqu'il contracte pour des affaires auxquelles nous l'avons préposés; car, en le préposant à ces affaires, nous sommes censés avoir adopté et approuvé d'avance tous les contrats qu'il ferait pour les affaires auxquelles nous l'avons préposé, comme si nous avions contracté nous-mêmes; et nous sommes censés avoir accédé à toutes les obligations qui en résultent.

C'est sur ce principe qu'est fondée l'action *exercitoria*, que ceux qui ont contracté avec le capitaine d'un navire, pour des affaires relatives à la conduite de ce navire, ont contre l'armateur propriétaire du navire, qui a préposé ce capitaine (2).

C'est sur le même principe que sont fondées l'action *institoria*, que ceux qui ont contracté avec le préposé à un commerce ou à une manufacture, pour des affaires relatives à ce commerce, ont contre le commettant; et l'action *utilis institoria*, qui a lieu pour les contrats faits avec un préposé à quelque autre espèce d'affaire que ce soit.

Nous traiterons de ces actions *infrà*, part. 2, ch. 6, sect. 8.

(1) *V.* art. 2008 C. civ. (BUGNET).

(2) *V.* art. 216, C. comm. (rectifié par la loi du 14 juin 1841). (BUGNET).

Observez une différence entre tous ces préposés, et les tuteurs, curateurs, procureurs, syndics, administrateurs, fabriciens, etc. Lorsque ces préposés contractent, ce sont eux-mêmes qui contractent et qui s'obligent ; leurs commettants sont seulement censés accéder à leurs contrats, et aux obligations qui en résultent ; au lieu que les autres ne sont pas censés contracter eux-mêmes, mais seulement prêter leur ministère pour contracter, à ceux qui sont sous leur tutelle ou curatelle, ou dont ils ont la procuration, ou aux corps dont ils sont les syndics, ou aux hôpitaux et fabriques dont ils ont l'administration : c'est pourquoi ce ne sont pas eux qui s'obligent, mais ceux qui contractent par leur ministère.

83. Nous sommes aussi censés contracter par le ministère de nos associés, lorsqu'ils contractent, ou sont censés contracter pour les affaires de la société ; car, en contractant société avec eux, et leur permettant la gestion des affaires de la société, nous sommes censés avoir adopté et approuvé d'avance tous les contrats qu'ils feraient pour les affaires de la société, comme si nous eussions contracté nous-mêmes conjointement avec eux ; et nous avons accédé d'avance à toutes les obligations qui en résultent.

Observez qu'un associé est censé contracter pour les affaires de la société, toutes les fois qu'il ajoute à sa signature ces mots, *et compagnie*, quoique par la suite le contrat n'ait pas tourné au profit de la société.

Par exemple, s'il a emprunté une somme d'argent de quelqu'un, à qui il en a donné un billet, avec ces mots, *et compagnie*, à la fin de la signature (1) ; quoiqu'il ait employé cet argent à ses affaires particulières, ou qu'il l'ait perdu au jeu, il ne laisse pas d'être censé avoir contracté pour les affaires de la société, et d'obliger en conséquence ses associés, comme étant censés avoir fait l'emprunt conjointement avec lui, et contracté par son ministère ; car ces associés doivent s'imputer d'avoir contracté une société avec un associé infidèle :

(1) *V.* art. 22, C. comm. (BUGNET).

mais ceux qui contractent avec lui ne doivent pas être trompés, et souffrir de son infidélité.

La signature, *et compagnie*, n'obligerait pas néanmoins mes associés, s'il paraissait par la nature même du contrat, qu'il ne concerne pas les affaires de la société ; comme si j'avais mis cette signature à la fin d'un bail d'un héritage qui m'appartient, et que je n'ai pas mis en société.

Lorsque l'associé n'a pas signé, *et compagnie*, il est censé avoir contracté pour ses affaires particulières, et il n'oblige pas ses associés, à moins que le créancier ne justifie d'ailleurs que l'associé a contracté au nom de la société, et que le contrat concernait effectivement les affaires de la société.

84. Une femme commune en biens avec son mari, est aussi censée contracter avec lui et par son ministère dans tous les contrats que son mari fait durant la communauté, et accéder à toutes les obligations qui en résultent, pour la part qu'elle a dans la communauté, à cette condition néanmoins qu'elle ne sera tenue que jusqu'à concurrence de ce qu'elle amendera de ladite communauté (1).

---

* 18 *Duranton*, nos 260, 261. } 260. Quant aux obligations du mandant à l'égard des tiers, le mandant est tenu d'exécuter les engagemens contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné (art. 1998).

Mais il n'est tenu de ce qui a été fait au-delà des pouvoirs, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement (*ibid.*).

Ce qui a été fait au-delà du mandat est nul de soi par rapport à lui, et n'est pas seulement annulable : en sorte qu'il n'a pas besoin d'intenter une action contre le tiers qui a traité avec le mandataire, pour faire annuler ce qui a été fait au-delà des bornes du mandat ; il lui suffit de déclarer qu'il ne le reconnaît pas ; et il peut, par conséquent, le repousser à toute époque, s'il ne l'a pas approuvé expressément ou tacitement. L'article 1304, sur la durée des actions en nullité ou

(1) *V.* art. 1483, C. civ., même décision. (BUGNET).

en rescision, est étranger à ce cas. Il n'y a pas d'obligation pour le mandant.

261. Il faut remarquer que notre article 1998 ne dit pas que le mandant est tenu d'exécuter les engagemens contractés par le mandataire *en son nom*, de lui mandant ; il dit d'une manière générale que le mandant est tenu d'exécuter les engagemens *que le mandataire a contractés* conformément au pouvoir qui lui a été donné ; et en effet, ainsi que nous l'avons dit plus haut, il est possible que le mandataire ait traité en son nom avec le tiers, et toujours en exécution du mandat, parce qu'il avait peut-être quelque raison de ne pas faire connaître aux tiers celui qui lui avait donné la commission ; or, dans ce cas aussi, comme dans celui où le mandataire a traité au nom du mandant, ce dernier doit exécuter les engagemens que le premier a contractés conformément aux pouvoirs qui lui ont été donnés ; de même que, dans le cas de gestion des affaires d'autrui sans mandat, le maître dont l'affaire a été bien administrée doit remplir les engagemens que le gérant a contractés en son nom, et l'indemniser de tous les engagemens personnels qu'il a pris (art. 1375).

---

* *Story* (*Greenough*) *On Agency*, § 442 *et s.* } § 442. In the first place, then, as to the rights of third persons against principals, growing out of the contracts of their agents. It may be generally stated, that wherever an agent, having proper authority, makes a contract for or on behalf of his principal, that contract becomes obligatory on the principal ; and the other contracting party has ordinarily the same rights and the same remedies against the principal, as if he had personally made the contract (1). There are exceptions

(1) Smith on Merc. Law, 55-58 (2d ed.) ; Id. B. 1, ch. 5, § 4, pp. 103-108 (3d ed. 1843) ; 3 Chitty on Com. & Manuf. 201-205 ; 2 Kent, Comm. Lect. 41, pp. 629, 630 (4th ed.) See also Todd *v.* Emly, 7 Mees. & Wels. 427. [Where a party's servant retails whiskey in his presence and with his consent and approbation (he directing the purchaser to " go to

to this doctrine, founded upon special considerations, some of which will presently fall under our notice. The whole doctrine rests upon the maxim already referred to, Qui facit per alium, facit per se; and it is a plain and obvious dictate of natural justice, that he who is to receive the benefit shall bear the burden; and that he who has acquired, through his agent, certain fixed rights and remedies upon the contract, against the other contracting party, shall be the latter.

§ 433. But the responsibility of the principal to third persons is not confined to cases where the contract has been actually made under his express or implied authority. It extends further, and binds the principal in all cases where the agent is acting within the scope of his usual employment, or has held out to the public, or to the other party, as having competent authority, although, in fact, he has, in the particular instance, exceeded or violated his instructions, and acted without authority (1). For, in all such cases, where

Mary"), and on his premises, he was held to have given her authority to do so, and was responsible therefor. In the words of the court, "There is little doubt that the defendant was the deity of this rude shrine, and that Mary was only the ministering priestess." Forrester *v.* Georgia, 63 Ga. 349. So a principal is bound by the warranty in a deed made by his attorney to whom he has given power to sell and convey and execute all necessary deeds of conveyance. Bronson *v.* Coffin, 118 Mass. 156. See Slater *v.* Irwin, 38 Iowa, 261; Fletcher *v.* Sibley, 124 Mass. 220. — Ed.]

(1) Ante, §§ 72, 105, 127, 128; Kerns *v.* Piper, 4 Watts, 222. [The defendant's manager, without authority to accept or draw bills, accepted a bill, and the defendant was held to be liable for the amount of the bill, on the ground that he had put the manager into a position which apparently gave him such authority, Edmunds *v.* Bushell, L. R: 1 Q. B. 97: so, where the defendant had allowed R. to act to all appearances as his agent for a long time, and to purchase goods for him, Kerslake *v.* Schoonmaker, 3 Thomps. & C. 524: so, where the proprietor of a hotel employed an agent in running the hotel, and held him out to the public as the manager, he was bound by such agent's purchases of supplies for the hotel on credit, Beecher *v.* Venn, 35 Mich. 466; Tozier *v.* Crafts, 123 Mass. 480: so, where a local agent of an insurance company made an

one of two innocent persons is to suffer, he ought to suffer who misled the other into the contract, by holding out the agent as competent to act, and as enjoying his confidence (1). We have already seen, that this doctrine applies to a large class of agencies, where the party acts under a general

oral contract of insurance, the company were bound by such contract, as they had held him out as having authority to make it. Putnam *v.* Home Ins. Co. 123 Mass. 324 : so, where an agent of a railroad company, authorized to issue bills of lading, issued one on a forged warehouse receipt, and no goods were in fact received by the company, the latter was held bound by his act as within the scope of his authority, Armour *v.* Michigan Central R. R. Co. 65 N. Y. 111 ; Gallup. *v.* Lederer, 1 Hun, 282 ; Rice *v.* Goffman, 56 Mo. 434 ; St. Louis, &c. Packet Co. *v.* Parker, 59 Ill. 23 ; Engh. *v.* Greenbaum, 4 Thomp. & C. 426 ; Knight *v.* Luce, 116 Mas. 586 : so, where B. was authorized by the owner of a horse to sell him for a fixed sum without further instructions, and B. warranted the horse, the owner was bound by the warranty. Tice *v.* Gallop, 5 Thomp. & C. 51 ; Newman *v.* British, &c. S. Co. 113 Mass. 362. And where the agent has a limited authority, but holds himself out as having a general authority, and disobeys his instructions, his principal will be bound by his acts, unless the party dealing with the agent knew his authority was limited. Home Life Ins. Co. *v.* Pierce, 75 Ill. 426 ; Fatman *v.* Leet, 41 Ind. 133. But is has been held that if the principal at once repudiates the disobedient act of his agent he will not be liable. Rafferty *v.* Haldron, 81½ Pa. St. 438 ; Turner *v* Webster, 24 Kans. 38. And where the principal has not held the agent out as having authority to incur an indebtedness on his behalf, he is not made liable by false statements of the agent to parties with whom he deals as to the extent of his authority. Grover, &c. Machine Co. *v.* Polhemus, 34 Mich. 247. So, where a merchant in Memphis, at the breaking out of the war, left a clerk in charge of his business with directions to take no new business, he was held not to be liable for the actions of the clerk in undertaking to make collections, and in failing to pay over the proceeds after collection. Jones *v.* Harris, 10 Heisk. 98. See Holloway *v.* Stephens, 2 Thomp. & C. 562.—Ed.]

(1) Ante, §§ 17, 18, 73, 126, 127, 131-133, 227, 228 ; Post, § 470 ; Smith on Merc. Law, 56-59 (2d ed.) ; Id. B. 1, ch. 5, § 4, pp. 103-111 (3d ed. 1843) ; 3 Chitty on Com. & Manuf. 202, 203.

authority, as contradistinguished from a special authority (1). To the other illustrations, we may add the case of the master of a ship. If he makes a particular engagement or warranty, relating to the conveyance of goods, according to the usual employment of the ship, the owners will be bound by such engagement or warranty, although it is made without their knowledge or approbation, or against their orders (2). So, if the principal should clothe the agent although a mere special agent, with all the apparent muniments of an absolute title to the property in himself, the principal would be bound by the acts of the latter; as, for example, if he should clothe him with the apparent title to property by a bill of lading of a shipment, as by making the shipment appear to be on account of the agent, or should trust him with negotiable securities, indorsed in blank, a sale or disposal thereof by the agent, although in violation of his private orders, would bind the principal, and give correspondent rights and remedies to third persons, who become *bona fide* possessors under such sale, or other act of disposal, against him (3).

(1) Ante, §§ 17, 18, 73, 126-133, 227, 228; [Boynton *v.* Lynn Gas Co., 124 Mass. 197.]

(2) Abbott on Shipp. Pt. 2, ch. 2, §§ 6-8, pp. 94-98 (Amer. ed. 1829); Ellis *v.* Turner, 8 T. R. 531; Ante, §§ 73, 126-133.

(3) Ante, §§ 34, note 227, 228. [Thus, where a party represented himself to the insured as the agent of a certain insurance company, examined the property, and returned with the policy properly executed, and the insured accepted the policy and paid the premium to the party, who was in fact a mere broker and never paid over the premium to the company, it was held that the company was bound by the policy. Lycoming Fire Ins. Co. *v.* Ward, 90 Ill. 545. So, where M., who was employed to buy a horse, took the bill of sale in his own name, although he paid for it with his employer's money, and then sold the horse to a third party and absconded with the proceeds, it was held that his employer could not maintain trover against the purchaser for the value of the horse. Nixon *v.* Brown, 57 N. H. 34. So, where a merchant enables his factor to raise money fraudulently on his goods by giving up to the factor the delivery order, he can claim no redress against the party who has in good faith

§ 444. So, upon similar grounds, the rights of third persons will be protected, where they deal with an agent, supposing him to be the sole principal, without any knowledge that the property involved therein belongs to another person. This has been already alluded to, in cases where purchases are made of a factor or other agent holding himself out as the principal, or supposed to be such, and the buyer has a set-off against such agent or factor (1). In such cases, the set-off is equally good, whether a suit be brought in the name of the principal or of the factor or agent, for the price of the goods (2). So, if an agent employed to collect money, and to remit it to his principal, should lend it to a person to whom he is indebted in a larger amount, the latter, if he has no knowledge that the money does not belong to the agent, may retain it as a set-off, and may resist a suit therefor by the principal, although notice of the claim of the principal is given to him before the suit is brought (3). But, where an agent is known to be merely acting as such in the transaction, a third person, dealing with him with full notice, cannot avail himself of any right of set-off which he may have against the agent (4).

loaned money on the goods. Vickers *v.* Hertz, L. R. 2 Scotch Ap. 113. See President, &c. *v.* Cornen, 37 N. Y. 322; Lister *v.* Allen, 31 Md. 543. —Ed.]

(1) Ante, §§ 390, 404, 407, 419, 420.

(2) Ante, §§ 419, 420; Smith on Merc. Law, 74, 75 (2d ed.); Id. B. 1, ch. 5, § 5, pp. 135, 136 (2d ed. 1843); 3 Chitty on Com. & Manuf. 202; Morris *v.* Cleasby, 4 M. & Selw. 566; George *v.* Clagett, 7 T. R. 359; Pickering *v.* Busk, 16 East, 38; Whitehead *v.* Tuckett, 15 East, 400.

(3) Lime Rock Bank *v.* Plimpton, 17 Pick. 159.

(4) Hurlburt *v.* Pacific Ins. Co. 2 Sumner, 471. But where the principal has parted with all beneficial interest in any property, the agent cannot make a valid sale thereof, nor a valid contract in respect thereto, so as to bind the principal, although the latter still retain the legal title. Thus, although the registered owner of a ship would be liable *prima facie* for repairs done thereon, this presumption may be rebutted by

[ARTICLE 1727.]

§ 445. So, if a contract is originally made without the authority of the principal, he may, by a ratification of it, give it validity, so as to confer upon the other contracting party the same rights and remedies as if he had personally made it (1); for, as we have seen the general maxim is, that a subsequent ratification is equivalent to a prior authority: "Omnis ratihabitio retrotrahitur, et mandato priori æquiparatur" (2). This is so regularly true, that if an agent

proof that he has parted with the beneficial interest. Jennings *v.* Griffiths, Ryan & Mood. 42; McIver *v.* Humble, 16 East, 169; Curling *v.* Robinson, 7 Mann. & Gr. 339; [Young *v.* White, 7 Beavan, 506].

(1) Ante, §§ 239-260; Smith on Merc. Law, 60 (2d ed.); Id. p. 108 (3d ed. 1843). [And such a ratification may be inferred from the actions of the principal. Thus, where A. agrees to furnish B. with lumber which he buys of C., representing himself, without authority, as the agent of B., and the lumber is shipped to B. with a bill from C. to B, and the latter receives it without notifying C. that he was buying from A., it was held that he was liable to C. Bearce *v.* Bowker, 115 Mass. 129. So, where an agent sold some mules and warranted them, and his principal afterwards ratified the sale by accepting the note given for the purchase-money, he was held to be bound by the warranty. Cochran *v.* Chitwood, 59 Ill. 53. And where a broker, without authority, procured a charter upon a vessel, and so informed the owner, it was held that the latter's silence, and the fact that he did not disaffirm the transaction, was evidence of a ratification of the charter. Saveland *v.* Green, 40 Wisc. 431. So, where a servant of the defendants made a settlement for them by which he received a wagon from the debtor, which he sold, retaining the amount due the company, and paying the balance to the debtor, and he informed the president of the defendant corporation of the terms of the settlement, who made no objection thereto, and the wagon turned out to be the property of some other party, it was held in an action of trover brought by the latter, that the defendants were liable for the value of the wagon. Dunn *v.* Hartford, &c. Horse R. R. Co., 43 Conn. 434; Summerville *v.* Hannibal, &c. R. R. Co., 62 Mo 391; St. Louis, &c. Packet Co. *v.* Parker, 59 Ill. 23; Spooner *v.* Thompson, 48 Vt. 259; Cooper *v.* Schwartz, 40 Wisc. 54; Sartwell *v.* Frost, 122 Mass. 184.—Ed]

(2) Maclean *v.* Dunn, 4 Bing. 722; Smith on Merc. Law, 60; Id. p. 108 (3d ed. 1843); Co. Litt. 207 *a*; Ante, §§ 239-260 (2d ed.)

purchases goods for his principal without due authority, and signs a written contract therefor, and the contract is within the statute of frauds, yet, if the principal subsequently ratifies it, the ratification will make the contract good within the statute of frauds, so as to bind the principal (1).

§ 446. The liability of the principal to third persons upon contracts made by his agent, within the scope of his authority, is not varied by the mere fact, that the agent contracts in his own name, whether he discloses his agency or not, provided the circumstances of the case do not show that an exclusive credit is given to the agent (2). Thus, if an agent purchases goods in his own name for his principal, without disclosing the latter, the principal will be liable, when discovered, to the vendor, for the price (3). So, if the agent purchases the goods, and states, at the time, that he purchases as agent, but does not disclose the name of his principal, the latter will not be absolved from the contract; for, in such a case, as the principal is not known, it is impossible

(1) Ante, § 244; Maclean *v.* Dunn, 4 Bing. 722; Soames *v.* Spencer, 1 Dowl. & Ryl. 32; Smith on Merc. Law, 59, 60 (2d ed.); Id. pp. 108, 133, 134 (3d ed. 1843); Remick *v.* Sanford, 118 Mass. 102].

(2) 1 Vell, Comm. § 418 (4th ed.); Id. B. 3, ch. 3, pp. 491, 492 (5th ed.); Ante, §§ 147, 269, 270; Meeker *v.* Claghorn, 44 N. Y. 349; [Christoffersen *v.* Hansen, L. R. 7 Q. B. 509; Kerchner *v.* Reilly, 72 N. C. 171].

(3) Ante, §§ 266-270, 420; Smith on Merc. Law, 65, 66 (2d ed.); Id. B. 1, ch. 5, § 5, pp. 133, 134 (3d ed. 1843); Paterson *v.* Gandasequi, 15 East, 62; Addison *v.* Gandasequi, 4 Taunt. 574; Railton *v.* Hodgson, 4 Taunt. 576, n.; Wilson *v.* Hart, 7 Taunt. 295; Thomson *v.* Davenport, 9 B. & Cressw. 78, 86, 88; Bickerton *v.* Burrell, 5 M. & Selw. 383; Jones *v.* Littledale, 6 Adolph. & Ellis, 490; Seymour *v.* Pychlau, 1 B. & Ald. 14, 17, 18. See Ante, § 406, note. [Where goods are sold and delivered to the husband, and his note taken for the price, and it afterwards appears that the goods were really bought by the wife and used on a farm owned by her, it was held that the husband was the agent of an undisclosed principal, and that the wife was liable, notwithstanding the husband's note was taken for the goods. Lovell *v.* Williams, 125 Mass. 439; Rayner *v.* Grote, 15 M. & W. 359 — Ed.]

to say that the vendor has made his election not to trust the principal, but exclusively to trust the agent (1). He may credit both, or either ; and he is not to be presumed to have an intention to elect either exclusively, until the name and credit of both are fairly before him (2). If no exclusive credit has been given by the vendor, in such cases, either to the principal or to the agent, it will make no difference in the rights of the vendor that there is a private and unknown agreement between the principal and agent, that either of them should be exclusively liable for the amount; for such agreements, however valid between the parties, cannot be admitted to change the rights of third persons who are strangers to them (3). Neither, for the same reason, will a set-off which the principal has against the agent, be, under such circumstances, available against the vendor (4).

(1) Ante, §§ 266-270; Thomson *v.* Davenport, 9 B. & Cressw. 78; Higgins *v.* Senior, 8 Mees. & Wels. 440.

(2) Thomson *v.* Davenport, 9 B. & Cressw. 78, 86, 88. [And until the vendor has made his election, he can hold either the principal or the agent liable on a contract. What constitutes a binding election was held to be a question for the jury. Curtis *v.* Williamson, L. R. 10 Q. B. 57; Gardner *v.* Bean, 124 Mass. 347; and in Beymer *v.* Bonsall, 79 Pa. St. 298, it was held that the agent of an undisclosed principal could not discharge himself by putting the creditor to his election, but only by the satisfaction of the debt, nor could the principal compel the creditor to elect his action and discharge either himself or his agent; but if the vendor accepts the promissory note of the buyer's agent, knowing him to be such agent, in payment, and intending to give thereby exclusive credit to the agent, he is held to have elected to hold the agent only, and if the note is unpaid, he cannot then look to the principal for payment. Perkins *v.* Cady, 111 Mass. 318. And see Swansea Shipping Co. *v.* Duncan, L. R. 1 Q. B. D. 644.—Ed.]

(3) Rich *v.* Coe, Cowp. 636; Precious *v.* Able, 1 Esp. 350; Kymer *v.* Suwercropp, 1 Camp. 109; Waring *v.* Favenck, 1 Camp. 85; Speering *v.* De Grave, 2 Vern. 643; Ante, §§ 280-300, 431-433.

(4) Waring *v.* Favenck, 1 Camp. 85. Mr. Bell, in his excellent Commentaries on Mercantile Jurisprudence, 1 Bell, Comm. § 418 (4th ed); Id. pp 491, 492 (5th ed), has summed up the whole doctrine on this

[ARTICLE 1727.]

§ 446 *a*. The fact that the agent has contracted in his own name in writing, yet with the assent of his principal and for his benefit, will not exclude the principal from liability, unless exclusive credit is given to the agent. Thus, if an

subject in a very satisfactory manner. "Third parties, who have dealt with the factor, have their claim against the estate of the principal as if they had dealt with himself. The agent's contract entered into, *factorio nomine*, the principal's name being disclosed, forms a good ground of action or claim against the principal, provided the power is proved. And in this case there will be no action against the factor, unless the principal is abroad. Such is the case of a rider to a manufacturing house. In taking an order in the name of the house, he binds the house to furnish the article. In such cases, the claim may either be, first, against the principal, as the buyer of goods, for the price; or, secondly, against the principal, as the seller of goods, for delivery of the goods, or for damages. In the former case, the claim is merely for a dividend, even where the goods are still with the agent or factor, and distinguishable. In the latter, the claim also is merely personal. But where the agent is neutral, as a general commission-agent, who unites the business of a custodier with that of a broker, acting for both parties, the property may, in such situations, be held as transferred, so as to vest and real right in the buyer. Where the contract is not in the principal's name, but generally as with a factor, the elect'on will be with the third party to hold to the credit of the factor, or to seek his remedy against the principal. And the remedy against the principal will not be hurt, either first, by any private agreement between the principal and the factor, that the factor alone shall be responsible; or, secondly, where the principal has paid the price to his agent, who has squandered it; unless the day of payment has been allowed to pass, and the principal has been led to believe that the agent alone was relied on; or, thirdly, by the circumstance of the factor failing, with a large balance due to the principal. Where notice is given of the principal, and the third party chooses to rely on the factor, he will be entitled so to do, but will not also have his claim against the principal. Even where the factor contracts in his own name, the principal is bound to the third party, on his name and interest being disclosed. But, in such case, the principal and factor will reciprocally have the benefit of their private stipulations, as to responsibility, and of their correlative rights, in respect to the state of the balance in account between them. A *del credere* commission affects the settlement only between the principal and factor, relative to the moneys to be

agent with the assent of his principal and for his benefit draws a bill of exchange in his own name on his principal, which is taken by a party in the business oi the principal (as to raise money for him), although the principal may not be directly bound as drawer of the bill, but the agent only, yet the party advancing the money on the bill may have an action for money paid, &c., against the principal for the amount of the advances (1).

§ 447. The exceptions to this liability of the principal may easily be gathered from what has been already stated. If

recovered from third parties. So, a factor with a *del credere* is responsible that the buyer shall pay the price. But although the factor will, on the buyer's failure (himself being insolvent), have the beneficial interest in claiming on the buyer's estate, he is not so much a creditor, as, on the one hand, to deprive the buyer of the benefit of retention or compensation against the principal; nor, on the other, to give his own creditors the benefit of the claim against the buyer, while they pay only a dividend to the principal. In the former case, compensation or retention against the principal will discharge the guarantee; in the latter, the principal will have his claim against the buyer on the bankruptcy, and also against the factor on his guarantee. Claims may be made by third parties against the estate of the principal, in consequence of the acts of the agent, though unauthorized by the principal. Thus, the representations of the agent, in the strict course of the contract, will be taken to form a part of the contract with the principal; and the concealment or misrepresentation of the agent will also affect the principal. In the same way, notice to a factor or agent will be held as notice to the principal, provided such factor has power to treat and negotiate the contract. And, finally, the principal, is liable civilly for the neglect or fraud of his agent, committed in execution of the authority given to him."

(1) Allen *v.* Coit, 6 Hill, 318; Rogers *v.* Coit, 6 Hill, 322. [An undisclosed principal can sue or be sued upon an express verbal contract, and on a written contract not under seal, made for him in his agent's name, but not upon a negotiable instrument. Chandler *v.* Coe, 54 N. H. 561. And where a lease was made between A. and B. and C., with nothing in the instrument itself to indicate in what capacity B. and C. signed, but they were in fact agents of a corporation, which accepted the lease and entered upon the premises, it was held that the corporation was bound by the lease. Carroll *v.* St. John's Society, 125 Mass. 565.—Ed.]

the principal and the agent are both known, and exclusive credit is given to the latter, the principal will not be liable, although the agent should subsequently fail; for it is competent to the parties to agree to charge one, exonerating the other; and an election, when once made, becomes conclusive and irrevocable (1).

§ 448. In the common case of purchases by a factor, for a principal resident in a foreign country, we have already seen, that the credit is, from the general usage of trade, deemed to be exclusive; and, therefore, the principal is never, or, at least, is not ordinarily, deemed liable therefor (2). And even with respect to domestic factors, a similar conclusion may arise from the previous dealings between the parties, or the peculiar circumstances of the particular transaction. Thus, for example, if an agent purchases goods for his principal, who is known, and stands by at the time of the purchase, and the vendor gives credit to the agent, that is ordinarily deemed an election to charge him alone (3). *A fortiori*, the presumption of an exclusive credit to the agent will arise in such a case, if the agent is a domestic factor, and the principal is a foreigner transiently in the country (4). The case of an exclusive credit given to shipmasters for supplies or repairs, constitutes another illustration of the same doctrine; although, in a variety of cases, the material-man may have

(1) Ante, §§ 161, 278, 279, 291, 423, 432; Abbott on Shipp. Pt. 1, ch. 3, § 8, p. 76, note (1) (Amer. ed. 1829); Id. Pt. 2, ch. 3, §§ 2, 3, pp. 100-102.

(2) Ante, §§ 268, 279, 290, 296, 297, 350, 423, 432, 434; Thomson *v.* Davenport, 9 B. & Cressw. 78, 87; Smith on Merc. Law, 66 (2d ed.); Id. pp. 122, 123 (3d ed. 1843); 3 Chitty on Com. & Manuf. 203; 1 Bell, Comm. § 418 (4th ed.); Id. p. 491 (5th ed.) As to the case of a principal resident in another state of the United States, see Taintor *v.* Prendergast, 3 Hill, 72, ad Ante, § 268, note; [Mortimer *v.* McCallan, 6 M. & W. 58].

(3) Addison *v.* Gandasequi, 4 Taunt. 574, 580; Wilson *v.* Hart, 7 Taunt. 295. See Waring *v.* Favenck, 1 Camp. 85; Kymer *v.* Suwercropp 1 Camp. 109; Ante, §§ 400, 406, 423.

(4) Ibid. See also Seymour *v.* Pychlau, 1 B. & Ald. 14, 16-19.

a lien on the ship, as well as the responsibility of the ship-master and ship-owner, for the supplies or repairs (1).

---

* *Paley (Dunlap and Waterman), Pr. and Ag., ch. 3, part 1, s. 8, p. 243-249.* } 1. Where credit has been properly given to an agent on a purchase for the use of the principal, the vendor has in general a right to come upon the latter for payment, without regard to any transaction or account between the principal and the agent. Therefore, no private agreement, by which it is stipulated between the principal and agent that the latter only is to be answerable to the seller, can affect the right of the latter (2). A covenant by the

(1) See Abbott on Shipp. Pt. 2, ch. 3, §§ 3-18, and notes to Amer. ed. 1829; Rich. *v.* Coe, Cowp. 637; Ante, §§ 294, 434; Post, § 450.

(2) *Ante,* 201; *Clark* v. *The Mayor, etc., of Washington,* 12 Wheat. 40 (*).

(*) On this subject Mr. Bell (Com. Vol. I, § 418) says: — " Where the contract is not in the principal's name, but generally as with a factor, the election will be with the third party, to hold to the credit of the factor, or to seek his remedy against the principal. And the remedy against the principal will not be hurt, either first, by any private agreement between the principal and the factor, that the factor alone shall be responsible; or, secondly, where the principal has paid the price to his agent, who has squandered it; unless the day of payment has been allowed to pass, and the principal has been led to believe that the agent alone was relied on; or, thirdly, by the circumstance of the factor failing with a large balance due to the principal. Where notice is given of the principal, and the third party chooses to rely on the factor, he will be entitled so to do, but will not also have his claim against the principal. Even where the factor contracts in his own name, the principal is bound to the third party, on his name and interest being disclosed. But, in such case, the principal and factor will reciprocally have the benefit of their private stipulations as to responsibility, and of their correlative rights in respect to the state of the balance in account between them. A *del credere* commission affects the settlement only between the principal and factor, relative to the moneys to be recovered from third parties. So, a factor with a *del credere* is responsible, that a buyer shall pay the price. But, although the factor will, on the buyer's failure (himself being sol-

master of a ship with the owners, that he should be at the cost of the repairs, does not discharge them from their liability for repairs done by his orders (1). Nor is it any defence to an action against a master for articles sold for his use to a servant, that by agreement with the master, the servant for a certain sum contracted to furnish those articles (2). So that a vendee, by paying his own broker, does not discharge himself from the demand of the vendor, unless the latter, by giving credit to the broker, induces [induce] the principal to believe that he is released. In an action for goods sold and delivered, the facts were, that the plaintiffs sold the goods to K. & Co., to be taken away in one month, and paid for in a

vent), have the beneficial interest in claiming on the buyer's estate, he is not so much a creditor, as, on the one hand, to deprive the buyer of the benefit of retention or compensation against the principal; nor, on the other, to give to his own creditors the benefit of the claim against the buyer, while they pay only a dividend to the principal. In the former case, compensation or retention against the principal will discharge the guaranty; in the latter, the principal will have his claim against the buyer on the bankruptcy, and also against the factor on his guaranty. Claims may be made by third parties against the estate of the principal, in consequence of the acts of the agent, though unauthorized by the principal. Thus, the representations of the agent, in the strict course of the contract, will be taken to form a part of the contract with the principal; and the concealment or misrepresentation of the agent will also affect the principal. In the same way, notice to a factor or agent will be held as notice to the principal, provided such factor has power to treat and negotiate the contract. And, finally, the principal is liable civilly for the neglect or fraud of his agent, committed in execution of the authority given to him." And see *Todd* v. *Emly*, 7 Mees & Welsb 427; 2 Kent's Comm. 629, 630; Smith on Merc. Law, 56-58; 3 Chitty on Comm. and Manuf. 201, 205; *Paterson* v. *Gandasequi*, 15 East, 62; *Addison* v. *Gandasequi*, 4 Taunt. 574; *Railton* v. *Hodgson*, Ib. 576, n.; *Wilson* v. *Hart*, 7 Taunt. 295; *Thomson* v. *Davenport*, 9 Barn. & Cressw. 78; *Bickerton* v. *Burrell*, 5 Maule & Selw. 383; *Jones* v. *Littledale*, 6 Adol. & Ell. 490; *Rayner* v. *Grote*, 15 M. & W. 359.

(1) *Rich* v. *Coe*, Cowp. 636.

(2) *Precious* v. *Able*, 1 Esp. Cas. 350.

month from the sale. K. & Co. were really brokers for the defendant; but that was not known to the plaintiffs till some time after the sale. K. & Co. became insolvent before the expiration of the month, the defendant having previously paid them the price of the goods. It was contended for the defendant, that though in general, upon a sale to a broker, the vendor may come upon the principal when discovered, the doctrine must be taken with this qualification, that the principal has not previously paid the price of the goods to the broker. But Lord Ellenborough said: — "A person selling goods is not confined to the credit of a broker who buys them, but may resort to the principal on whose account they are bought; and he is not affected by the state of accounts between the two. If he let the day of payment go by, he may lead the principal into the supposition that he relies solely on the broker; and if, in that case, the price of the goods have been paid to the broker on account of this deception, the principal shall be discharged. But here payement was demanded on the day it became due, and no reason was given the defendant to believe that his broker alone was trusted:" and accordingly a verdict was directed for the plaintiff (1).

For the same reasons a principal cannot, under these circumstances, protect himself by setting up a balance due to him from his own broker (2).

What is here said does not affect the case of servants to whom money is paid *in advance* to purchase goods with, and

(1) *Kymer* v. *Suercropp*, 1 Campb. 109; *Speering* v. *Degrave*, 2 Vern. 643. A., as master of a ship of which the defendants were owners, bought several goods of the plaintiffs. A. failed, and on a bill to compel the defendants to pay, they insisted that A. only was liable, because he had money from the part owners to pay the plaintiffs; but the court held that A. was but a servant to the owners, and where a servant buys, the master is liable; and though the owners paid their servant, yet if he pay not the creditors, they must stand liable.

(2) *Waring* v. *Favenc*, 1 Campb. 85.

who, notwithstanding, are allowed by the sellers to deal upon credit; in such cases, the credit itself being unauthorized by the masters, they are not liable (1). But it was observed, that if the master justify the credit given to the servant at all, he is not then discharged by paying the price to the servant, if the latter omit to pay it over to the creditor (2): and the authorities already referred to upon that part of the subject may serve to illustrate the present.

2. It was before hinted, that in all these cases, where the principal, notwithstanding his having paid his own agent, would remain liable, yet the vendor may, by his conduct in giving credit to the agent, discharge the principal of that liability. Thus, although the owners of a ship be liable for the master's contracts, notwithstanding any private agreement between them by which the master stipulates that he alone shall be liable, yet if it appear that a tradesman has notice of such an agreement, and in consequence of it gives credit to the master individually, as a responsible person, particular circumstances of that sort may afford a ground to say that he meant to absolve the owners, and to look singly to the personal security of the master (3).

Thus, also, if a vendor neglect to call upon the principal till long after the credit expires, the principay may haye a right to suppose, either that the money is paid over by the agent, or that the creditor takes him for his debtor (4).

Indeed there are several ways in which the liability of the principal may be affected in purchases made by his agent, of which the following summary may be useful (5).

(1) *Ante*, p. 162.

(2) *Ante*, p. 162, &c.

(3) Per lord Mansfield, *Rich* v. *Coe*, Cowp. 637. *James* v. *Bixby*, 11 Mass. Rep. 36, 37. Abbott on Shipping, pt. 2, ch. 3, § 3.

(4) Per Lord Ellenborough, *Ante*, pp. 244, 245; see *Kendall* v. *Andrews*, 1 Esp. N. P. 115; *Stubbing* v. *Heintz*, Peake N. P. 46; *Ante*, 165.

(5) Speaking of the six following positions, Mr. Justice Story says:—"These distinctions are laid down with great clerness and accuracy;" and he has inserted them in full in a note. Story's Ag. § 291.

[ARTICLE 1727.]

1st. The purchase may be made by the broker (1) expressly for and in the name of his principal. In that case, if the principal be debited by the seller, he only, and not the broker, will be liable (2).

2d. A broker may purchase, in his character of broker, for a known principal; but the seller may choose, nevertheless, to take him for his debtor rather than the principal, in whose credit he may not have the same confidence; and, after this deliberate election, the seller cannot afterwards turn round and charge his principal (3).

(1) It can hardly be necessary to suggest to the reader, that although the term *broker* is alone employed by Mr. Lloyd in the passages which he has in this place introduced into the text of the original work, the principles stated are not restricted in their application, to that particular class of factors or agents.

(2) *Kymer* v. *Suercropp*, *Waring* v. *Favenc*, *ante*, 244, 245; and the proposition assumed in all the later cases (*). It would have seemed unnecessary to add, had it not been the subject of a solemn decision, that the conduct of the seller in selecting the agent for his debtor, cannot affect the relation of the latter to his principal, nor convert him who was a broker for purchase into a vendor of the goods to the principal, *Seymour* v. *Pychlau*, 1 B. & Ald. 14.

(3) *Paterson* v. *Gandasequi*, 15 East, 62; *Addison* v. *Gandasequi*, 4 Taunt. 574; *Tiernan* v. *Andrews*, 4 Wash. C.C. Rep. 567 (**). An election deliberately made, with knowledge of facts and the absence of fraud, is conclusive; and the party who has once elected can claim no right to make a second choice. There is no difference in this respect between the rules pursued by courts of law and equity (***).

(*) See *Sprague* v. *Gillett*, 9 Metc. Rep. 91; *Merchants' Bank* v. *Central Bank*, 1 Kelly, 418; *Bate* v. *Burr*, 4 Harring. 130.

(**) And see *Jones* v. *Ætna Ins. Co.*, 14 Conn. 501; *French* v. *Price*, 24 Pick. 13; *Paige* v. *Stone*, 10 Metc. 160; *Ahrens* v. *Cobb*, 9 Humph. 643.

(***) "Election," says Dyer, 381 a, "is the internal, free and spontaneous separation of one thing from another, without compulsion, consisting in the mind and will." *Dash* v. *Kleeck*, 7 J. R. 501. A party can never be said to have made an election between two remedies when he was totally ignorant of one of them; knowledge is essential in order to charge a person with an election of remedies. Ib. Where two remedies are con-

3d. The broker may buy in his own name, without disclosing his principal, in which case the invoices will of course be made out to him, and he will be debited with the account. If now, before payment, the seller discover that the purchase was in fact made for another, he may, at his choice, look for payment either to the broker or the principal — to the former upon his personal contract — to the latter upon the contract of his agent; and the adoption of the purchase by the principal will be evidence of the agent's authority (1).

sistent with each other, and the pursuit of one not incompatible with the pursuit of the other, a party may pursue both remedies without concluding himself by an election. *Jackson* v. *Bartlett*, 8 J. R. 361.

(1) *Raillon* v. *Hodgson*, 4 Taunt. 576, n [*]. Neither can the principal and agent, by any juggle or contrivance among themselves, release the former from this liability. Ibid.; *Wilson* v. *Hart*, 7 Taunt. 295. Where an agent, without declaring his principal, purchases goods, the vendor, on discovering the principal, may sue him, though he has debited the agent, and though the principal has remitted money to his agent to discharge the debt. *Nelson* v. *Powell*, 3 Doug. 410. (And see the valuable note of Mr. Roscoe, the editor, ibid.) A principal, when discovered, is liable on the contract of his agent, where goods are bought by an agent, who does not disclose the name of his principal at the time of the purchase. And where the name of the principal is disclosed after the sale, so as to give an action by the vendor against him for the price of the goods sold, the principal may, on his part maintain an action against the vendor, for a violation of his part of the agreement: as, for instance, a breach of warranty. *Beebee* v. *Robert*, 12 Wend. 413. See further, *Muldon* v. *Whitlock*, 1 Cowen, 290; *Schermerhorn* v. *Loines*, 7 Johns. Rep. 310; *Pentz* v. *Stanton*, 10 Wend. 271, 278; *Raymond* v. *The Proprietors of the Crown and Eagle Mills*, 2 Metcalf, 324.

If the vendor, on a sale made to an agent, take the promissory note of the agent for the amount of the purchase, on failure of payment by the

[*] See *Perth Amboy Manuf. Co.* v. *Condit*, 1 Zabriskie, 659. An action may be maintained against a principal for goods sold to his agent on sheriff's sale, notwithstanding the officer's return on the execution describes the sale to have been made to the agent; the fact that the latter acted in the capacity of agent not having been disclosed at the time of the time of the purchase. *Carney* v. *Dennison*, 15 Vt. Rep. 400.

[ARTICLE 1727.]

But 4th. If after the disclosure of the principal the seller lie by and suffer the principal to settle in account with his broker for the amount of the purchase, he cannot afterwards charge the latter, so as to make him a loser, but will be deemed to have elected the broker for his debtor (1).

And 5th. If the principal be a foreigner, it seems that, by the usage of trade, the credit is to be considered as having been given to the English broker, and that he only, and not the foreign buyer, will be liable. That question, however, is for the jury.

6th. There is still an intermediate case, where upon a purchase by a broker, the seller knowing that he is acting as broker in the transaction, *but not for whom*, makes out the invoice to him, and debits him with the price: can the seller afterwards, when the name of the principal is made known to him, substitute him as the debtor and call upon him for payment? On the one part it is said, the principal in debiting the broker, can have exercised no election, be-

agent, the principal will be equally liable to the vendor, in an action founded upon the original consideration, as if the note had been given by the principal himself. For, as a general rule, the written promise of the debtor is not an extinguishment of the debt, so as to confine the creditor to his remedy under the written instrument; neither is the promissory note of a third person to be deemed a payment, unless accepted as such, at the time of thé sale. *A fortiori*, the note of the agent can have no higher efficacy to discharge the principal, than if made by the principal himself. If the entire credit be given to the agent making the note, a distinct question is presented. *Porter* v. *Talcott*, 1 Cowen, 359; 1 Liv. Pr. & Ag. 207; *Post*, 251, n. (9). So, the taking of the note of an agent at an extended credit, for goods furnished for the benefit of the principal, does not discharge the principal, unless it is affirmatively shown, on his part, that on the supposition that the debt was paid, or the personal responsibility of the agent accepted for it, he dealt differently with the agent than he would have done, had the note not been taken and the extended credit given. *Rathbon* v. *Tucker*, 15 Wend. 498; *Frisbee* v. *Larned*, 21 Wend. 252.

(1) *Ante*, 246, 247, n (3); *Post*, 253; *Muldon* v. *Whitlock*, 1 Cowen, 308.

cause election implies a preference, and there can be no preference when the principal is unknown. On the other part it is answered, that the seller might have known by simply asking the question, and that the omitting to make the inquiry is decisive evidence of a deliberate preference of the broker. The Court of King's Bench has decided that the principal in such case is *not* discharged, but the decision has not been considered very satisfactority, and is certainly not implicitly acquiesced in (1).

(1) *Thomson* v. *Davenport, ante*, n. (5). (*) The judgment of Lord Tenterden in this case, was as follows :—"The general rule is, that if a person sells goods to another on the supposition that he is dealing with him as a principal, and subsequently discovers that that person is but the agent of another, (the state of account not having been varied in the meantime so as to prejudice the latter,) he may resort to the principal for payment, even though he have previously debited the agent. On the other hand, if at the time of the sale the seller knows that the person dealing is not the principal, and *knows who the principal is*, yet selects the agent for his debtor, then, according to the cases of *Paterson* v. *Gandasequi*, and *Addison* v. *Gandasequi*, he cannot afterwards have recourse to the principal. The present is a middle case. The plaintiffs below [the sellers] were informed that the purchaser was buying for another. They might indeed have made inquiry who that other was, but, in fact, they did not know the principal. It seems to me, therefore, that the case falls within the first proposition. There may be another exception; and it is this: Where an English merchant is buying for a foreigner it is universally understood among commercial men, that credit is given to the English buyer. Here the principal lived at Glasgow; and it might have been a fair question whether, by the usage of Liverpool, [where the sale took place,] the credit must be supposed to have been given to the English dealer. But that point was not raised, and no such evidence was given."

Among the dissentients from this decision is Mr. Justice Parke. It does not appear when, where or how, Mr. Justice Parke was a dissentient from the above decision. The reporters simply state that he "having been concerned as counsel in the cause, give no opinion." In assumpsit for goods sold and delivered to the defendants, a manufacturing corpo-

(*) See *Henderson* v. *Mayhew*, 2 Gill, 393.

Lahaie, sur art. 1998 *C. N.* } *Merlin*, R., v. mandat, § 4, n. 3.—Dans le cas où le mandataire a excédé dans l'achat d'une chose le prix fixé par le mandat, peut-il forcer le mandant à prendre cette chose, en offrant de perdre ce qu'elle a coûté

ration, the defence was, that one R. R. was debtor for the goods, and not the defendants. Dewey, J., in delivering the judgment of the court, says: — "The authorities are uniform in maintaining the doctrine that, when the principal is unknown to the vendor at the time of the sale, he may upon discovering the principal, resort to him, or to the agent with whom he dealt, at his election; and on the other hand, when the vendor, at the time of the sale, knows the principal, and understands that the buyer is the mere agent of another, and elects to give credit to the agent, making him the debtor, he cannot afterwards resort to the principal. This general principle, it is conceded, was properly stated to the jury in the present case. But it was contended, that if the plaintiffs had at the time of the sale the means of knowing that the goods were purchased on account of the defendants and for their benefit, and yet debited them to the account of R., this should bar the claim of the plaintiffs against the defendants, although they had no actual knowledge who the principal was. Such a principle, as is suggested, would present great practical difficulties in its application, and might do great injustice. The question at once arises, to what extent are the means of knowledge to exist, to justify its application? It is necessary that the vendor should avail himself of every possible means to learn whether the individual he is dealing with be principal or agent? If so, the mere neglect by the vendor, to inquire of the person with whom he was actually dealing, whether he was actually dealing, whether he was acting as principal or agent, and if agent, the name of the principal, would be, in most cases, not using the means of knowledge which were at hand. We do not understand the rule to be applied with this strictness; but that on the contrary, there must be actual knowledge on the part of the vendor, of the relation of the parties, and their interest in the matter, to exonerate the principal by giving credit to the agent. If, with such knowledge, the vendor chooses to give credit to the agent as his debtor, he discharges the liability of the principal. It is not, however, enough that there might exist circumstances that would, in the minds of some men, have awakened suspicion and led to further inquiries. Nor is it enough, if we adopt the decision in the case of *Thomson* v. *Davenport* (*ubi supra*), to exonerate an unknown principal, that the agent declared, at the time of the sale, that he was dealing for another, if he did not disclose the name of his

au-delà de ce prix? L'équité veut que le mandataire soit admis à faire ces offres, attendu qu'elles ne font aucun préjudice au mandant.

Le mandataire n'est pas non plus censé être sorti des bornes du mandat, lorsqu'il ne l'a exécuté qu'en partie, à moins toutefois qu'il ne paraisse que l'intention du mandant a été que le mandat fût exécuté en entier.

Dalloz, mandat, sect. 3, n. 5. — Les circonstances dans lesquelles le mandat a été donné, les termes dont on s'est servi en le donnant, peuvent seuls mettre à même d'apprécier s'il y a eu ou non excès de pouvoir.

N. 7.—Le mandataire est réputé avoir excédé les bornes de son mandat, 1° lorsqu'il a fait l'affaire à des conditions plus dures que celles écrites dans le mandat; 2° lorsqu'il a fait une autre affaire que celle portée au mandat; 3° lorsque, sans en avoir reçu le pouvoir, le mandataire s'est substitué un tiers pour l'exécution du mandat.

Duranton, t. 18, n. 260. — Ce qui a été fait au-delà du mandat est nul de soi, par rapport au mandant: ainsi il n'a pas besoin d'intenter une action contre le tiers qui a traité avec le mandataire, pour faire annuler ce qui excède les bornes du pouvoir. Il lui suffit de déclarer qu'il ne le reconnaît pas, et il peut le repousser à toute époque, s'il ne l'a pas approuvé.

A. Dalloz, mandat, n. 434. — Les obligations du mandant sont les mêmes, que le mandat soit exprès ou tacite.

N. 435.—Le mandant est tenu d'exécuter les engagemens

principal. That case, while it fully recognizes the general rule already stated — that if one, knowing the name of the principal, elects to credit the agent, he cannot afterwards resort to the principal—denies its application to cases where the name of the principal was unknown, although the fact of the agency of the one dealing with him was disclosed, and the vendor must have been apprised that another party might be made the debtor. Before the plaintiffs could be required to make their election whether they would look to the agent or the principal, they had a right to know with reasonable certainty, the liability of the newly discovered principal." *Raymond* v. *Proprietors of the Crown and Eagle Mills*, 2 Metcalf, 319, 324, 327.

contractés par le mandataire, non-seulement lorsque celui-ci a traité *au nom du mandant*, mais encore lorsqu'il a traité directement *en son propre nom*. Une seule condition est exigée : c'est que l'affaire concernât le mandant et fût dans son intérêt. (Pothier, mandat, n. 88 ; Duranton, t. 18, n. 261.)

N. 441.—Le mandataire est censé s'être renfermé dans les bornes de son mandat, lorsqu'il a fait précisément la même affaire dont il a été chargé par le mandant, aux conditions prescrites par le mandat, et, à plus forte raison, lorsqu'il l'a faite à de meilleures conditions. (Pothier, mandat, n. 90, 91, 92 et 95 ; Duranton, t. 18, n. 233 et 234 ; Delvincourt, t. 3, p. 244, not. 7.)

(Voir Pothier, mandat, n. 96, 97, 98, 99, 89 ; Toullier, t. 7, n. 96 ; t. 8, n. 266 ; Merlin, Questions de droit, v. transcription, § 3.)

1728. Le mandant ou ses représentant légaux sont responsables envers les tiers pour tous les actes faits par le mandataire dans l'exécution et les limites du mandat après qu'il a cessé, si cette cessation était inconnue des tiers.

1728. The mandator or his legal representative is bound toward third persons for all acts of the mandatary, done in execution and within the powers of the mandate after it has been extinguished, if its extinction be not known to such third persons.

---

* *C. N.* 2009. } Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi.

Voy. *Pothier, Mandat*, n° 106, cité sur art. 1721, *Erskine*, cité sur art. 1709.

Lahaie, sur art. 2009 C. N. } *Pandectes françaises.*—Si les tiers connaissaient la mort du mandant, quoique le mandataire l'ignorât, ce qu'ils auraient fait avec celui-ci serait nul ; ils ne seraient pas alors de bonne foi.

---

* 1 *Domat (Remy), liv.* 1, *tit.* 15, *s.* 4. } 1. Le pouvoir et la charge du procureur constitué, ou autre préposé, finissent par le changement de la volonté de celui qui l'avait choisi (C. civ. 2004.) ; car ce choix est libre, et il peut révoquer son ordre lorsque bon lui semble, pourvu qu'il fasse connaître sa révocation à celui qu'il révoque, et que les choses soient encore entières ; mais si le procureur constitué, ou autre préposé avait déjà exécuté l'ordre ou commencé de l'exécuter avant que la révocation lui fût connue, elle sera sans effet à l'égard de ce qui aura été exécuté : et il sera indemnisé de l'engagement où cet ordre l'avait fait entrer.

Quoique l'héritier d'un donateur par acte sous seing privé ait, par une procuration notariée, donné pouvoir à un tiers d'exécuter la donation, il n'a pas par cela seul renoncé au droit de faire déclarer la donation nulle ; il a toujours la faculté de révoquer la procuration, et d'en empêcher l'effet tant que les choses sont entières.

Un émigré ne peut exciper de la mort civile dont il a été frappé, pour faire annuler un acte fait pour lui par son fondé de pouvoir pendant son émigration.

Si un mandataire poursuit l'exécution commencée du mandat postérieurement au contre-ordre qu'il reçoit du mandant, l'opération doit être laissée à ses périls et risques. Ainsi le commissionnaire qui, ayant déjà affrété un navire pour expédier des marchandises, conformément à l'ordre de son commettant, reçoit contre-ordre, doit suspendre l'expédition ; s'il la consomme, elle reste pour son compte.

2. Celui qui, ayant constitué un procureur, en constitue ensuite un autre pour la même affaire, révoque par là le pouvoir qu'il avait donné au premier. (C. civ. 2006.) Mais si le premier avait déjà exécuté l'ordre, avant que la révocation lui fût connue, celui qui l'avait constitué ne pourra le désavouer.

3. Le procureur constitué ou autre préposé peut se décharger de son engagement, après avoir même accepté la procuration ou commission, soit qu'il ait des causes particulières, comme s'il lui est survenu une maladie ou des affaires qui l'en empêchent, ou quand même il n'en aurait pas d'autre cause que sa volonté. Mais il faut, s'il manque d'exécuter l'ordre dont il s'était chargé, que ce soit sans fraude, et qu'il laisse les choses entières et en tel état que le maître puisse y pourvoir, ou par soi-même, ou par quelque autre; et si le procureur constitué ou autre préposé abandonne et laisse l'affaire en péril, il sera tenu du dommage qui en arrivera, selon les règles qui suivent.

4. Si le procureur constitué ou autre préposé veut se décharger de la procuration ou commission qu'il avait acceptée, il ne le pourra qu'en le faisant savoir à celui qui l'avait préposé; et, s'il y manque, il sera tenu de tous ses dommages et intérêts; car, s'étant chargé de son affaire, ce serait le tromper s'il l'abandonnait sans l'en avertir. (C. civ. 2007.)

5. Si celui qui avait accepté une procuration ou un autre ordre ne peut l'exécuter à cause d'un empêchement qui lui soit survenu, et qu'il ne puisse le faire savoir, comme si dans un voyage qu'il s'était obligé de faire, il tombe malade en chemin, et qu'il ne puisse en donner avis, ou que l'avis se trouve inutile, arrivant trop tard, les pertes qui pourront suivre de l'inexécution de l'ordre en de pareils cas, tomberont sur celui qui l'avait donné; parce que ce sont des cas fortuits qui regardent le maître.

6. Les procurations et autres ordres finissent par la mort, soit de celui qui avait donné l'ordre, soit de celui qui s'en était chargé. Ce qu'il faut entendre selon les règles qui suivent. (C. civ. 2003.)

Le mandat donné à une société expire par la dissolution de la société. Il n'est pas implicitement continué au membre chargé de la liquidation. Il faut un nouveau pouvoir. Le mandat pour liquider une société n'est pas, de sa nature, révocatoire d'un mandat précédent, à l'effet de vendre

les immeubles de la société. La décision contraire, est non-seulement un mal jugé, mais encore un moyen de cassation.

7. Si le procureur constitué, ou autre préposé, qui ignore la mort de celui qui l'avait chargé, ne laisse pas d'exécuter l'ordre, ce qu'il aura fait de bonne foi dans cette ignorance sera ratifié ; car sa bonne foi donne à ce qu'il a géré l'effet du pouvoir que le défunt lui avait donné. (C. civ. 2008.)

Mais si un procureur constitué était chargé d'une affaire qui ne pût souffrir de retardement, comme serait le soin d'une récolte ou autre affaire pressée et importante, et qu'étant sur le point d'exécuter son ordre, ou, l'ayant même commencé, il apprit la mort de celui qui l'avait chargé, et qu'il ne pût avertir des héritiers qui seraient absens, ne pourrait-il pas et ne devrait-il pas même exécuter l'ordre ?

Le compromis souscrit sans fraude par le mandataire, depuis la faillite du mandant, et dans l'ignorance de cette faillite, est valable. Si, par suite de ce compromis, et toujours dans l'ignorance de la faillite, les arbitres rendent leur sentence, les créanciers du failli ne peuvent prendre contre cette sentence la voie de tierce opposition.

8. Si le procureur constitué ou autre préposé vient à mourir avant que d'avoir commencé d'exécuter l'ordre, et que son héritier, ignorant que le pouvoir était fini par cette mort, s'ingère à l'exécuter, ce qu'il aura fait ne pourra nuire au maître, et sera annulé ; car cette ignorance n'a pas donné à cet héritier un droit qu'il n'avait point, et qui ne passait pas la personne qui avait été choisie. (C. civ. 2010.)

Mais si l'héritier du procureur constitué sachant l'ordre qui lui avait été donné, et voyant d'ailleurs que le maître absent ne pourrait pourvoir à son affaire, et qu'il y aurait du péril de quelque perte, s'il n'en prenait soin, ne serait-il pas obligé d'y faire ce qui pourrait dépendre de lui, comme de continuer une culture d'héritage, ou faire une récolte ?

1729. Le mandant ou ses représentants légaux sont responsables pour les actes faits par le mandataire dans l'exécution et

1729. The mandator or his legal representative is bound for acts of the mandatary done in execution and within the powers of

les limites du mandat, après son extinction, lorsque ces actes sont une suite nécessaire d'une affaire déjà commencée.

Ils sont également responsables pour les actes du mandataire faits pour terminer une affaire après l'expiration du mandat par la mort ou la cessation d'autorité du mandant, lorsque le retard aurait pu entraîner quelque perte ou dommage.

the mandate after its extinction, when such acts are a necessary consequence of a business already begun.

He is also bound for acts of the mandatary done after the extinction of the mandate by death or cessation of authority in the mandator, for the completion of a business, where loss or injury might have been caused by delay.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 1709 et autorités sur cet article ; *Pothier*, *Mandat*, cité sur art. 1721 ; *Domat*, cité sur art. 1728.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Mandat*, nos 111, 112. } 111. Le changement d'état qui survient dans la personne dn mandant avant que le mandataire ait exécuté le mandat, n'éteint pas moins le mandat, que la mort du mandant qui serait survenue.

Il y a même raison. Par exemple, lorsque le mandant est une femme, qui depuis s'est mariée, et a passé sous la puissance d'un mari ; ou lorsque c'est une personne qui depuis a été interdite, et a passé sous la puissance d'un curateur ; ces personnes, au moyen de leur changement d'état, étant devenues incapables de faire, sans l'autorité de leur mari ou de leur curateur, l'affaire dont elles ont chargé leur mandataire, le mandataire ne peut plus la faire pour elles et à leur place, jusqu'à ce que la procuration ait été renouvelée par le mari ou par le curateur.

[ARTICLE 1729.]

Lorsque le mandataire a exécuté le mandat avant que le changement d'état du mandant fût parvenu à sa connaissance, il faut décider comme dans le cas auquel il l'a exécuté avant que la mort du mandant fût parvenue à sa connaissance. Voyez *suprà*, n° 106.

Les autres exceptions que nous avons apportées dans le paragraphe précédent, au principe de l'extinction du mandat par la mort du mandant, pour le cas auquel l'affaire est urgente, et pour le cas des préposés à une maison de commerce ou à un bureau de finance, reçoivent pareillement application au principe de la révocation du mandat par le changement d'état du mandant, et elles en sont pareillement des exceptions.

112. Lorsqu'une personne qui a qualité et pouvoir pour gérer les affaires d'autrui, charge quelqu'un de faire pour lui quelqu'une desdites affaires, le mandat qui intervient entre ces personnes, finit et s'éteint lorsque le pouvoir qu'avait le mandant de gérer l'affaire dont il a chargé son mandataire, vient à cesser.

Par exemple, si le tuteur a donné procuration à quelqu'un pour recevoir ce qui était dû à son mineur, ou s'il a constitué un procureur dans une instance qu'il avait pour son mineur, la tutelle étant depuis finie, *putà*, par la majorité du mineur, le mandat ou la procuration que le tuteur a donnée, finit: car le procureur du tuteur tenant son pouvoir du tuteur son mandant, le pouvoir de ce procureur ne peut durer que tant que dure celui du tuteur: ce procureur du tuteur ne peut plus faire valablement, *vice mandantis*, ce que son mandant ne pourrait plus faire valablement lui-même.

Il faut dire la même chose du mandat donné par un curateur à un interdit, lorsque sa curatelle vient par la suite à finir, *putà*, lorsque l'interdit s'est fait relever de son interdiction.

Il faut dire la même chose du mandat donné par un procureur qui avait pouvoir de substituer: si le pouvoir de ce procureur qui a donné le mandat vient à finir, soit par la

mort de celui qui lui avait donné procuration, soit par la révocation de sa procuration, le pouvoir du substitué doit aussi cesser.

Il y a même raison dans tous ces cas.

---

* 1 *Bell, Comm., ch.* 3, *sec.* 3, § 6, *p.* 488. } The subsistence and determination of a factor's powers have been supposed to depend on certain metaphysical distinctions : And in attempting to settle the principles by which questions of this sort are to be determined, it has been said, on the one hand, that mandate operates by an incessant renewal of the consent which confers the authority— like the operation of gravity on a descending body ; on the other hand, the force of mandate has been ascribed to the effect of the first act of will operating like impulse on a natural body, the motion from which continues after having been once communicated. The cases attempted to be distinguished or assimilated by these analogies are those of death and insanity ; which give birth to many interesting difficulties in the law of mandate. Without entering into these subtilties, it may be observed, that no question of this sort, practically considered, can be settled on its true principles, without recollecting that there are three parties concerned, the principal, the factor, and the public : The interests arising to the public under delegated authorities giving birth to many exceptions to the ordinary rules, by which the authority of the factor, as in a question with the principal, is regulated.

The general rules are, that the power expires,—1. By death ; 2. By recall ; 3. By renunciation. But, the dealings of a commercial people do not present themselves in forms so simple, that general rules of this sort can always be usefully applied. The factor has begun operations before his death, or the principal dies after important contracts have been set in motion by the factor : The death of either happens in a foreign country, and is long unknown to the other : Or the mercan-

tile world, trusting to the arrangement which has been formed, have proceeded, in good faith, with transactions, after the factor's powers have secretly expired. It is for the decision of cases of this complicated description that courts of law are resorted to; and digests of jurisprudence are defective where they do not supply rules on which such cases may be determined. It may be useful, in this view, to distinguish some of the more prominent cases.

The first case to be distinguished is that of general mandate, præpositura, or institorial power. Under a power such as is occasionally conferred in this way, the trade is managed, and the acts of the procurator relied on. To the recall of such a power two things are necessary,— 1. The will or intention to recall; and, 2. Special notice or general notoriety.

1. DEATH is held to be a recall of such a power, sufficiently answering both requisites. Either it is, according to one hypothesis, the intended termination of the authority; or, according to the other, the cessation of that will, the continuance of which is necessary to the existence of the factor's power; while, on either supposition, the event is, or is supposed to be, notorious. But exceptions are admitted where the death is unknown, and the authority, in the meanwhile, is in action, and relied on.

2. BANKRUPTCY is a revocation of such powers, as of all delegated authority, by which the principal may be bound, or his property altered; and it also is notorious. But where a factor holds a power to sell, and has made advances on the consignment or goods in his hands, the bankruptcy of the principal is not a recall of the mandate: The factor is still entitled to sell for his indemnification.

3. INSANITY is not an implied natural termination to a mandate; nor is there an existing will to recall the former appointment; nor is the act notorious, by which the public may be aware of such failure of capacity. It was to this interesting question chiefly, that the metaphysical discussion

already alluded to was applied: but the strong practical ground of good sense on which the question was disposed of, as relative to the public, was, that insanity, considered as terminating the agent's authority, is contradistinguished from death by the want of notoriety; that all general delegations of power on which a credit is once raised with the trading world, subsist in force to bind the granter till recalled by some public act or individual notice; and that while they continue in uninterrupted operation, relied on by the public, they are, in law, to be held as available generally; leaving particular cases to be distinguished by special circumstances of mala fides. The question does not appear to have occurred in England; but the opinion of very eminent English counsel was taken on the case which was tried in Scotland, and they held the acts of the procurator to be effectual to the public against the estate of the person by whom the procuratory was granted.

Express Revocation will not be available in such a case, unless it be publicly made known. But it may be difficult to establish such publication: perhaps the analogy of the publication necessary in the dissolution of partnership would be followed; namely, special notice, or circular letters to the customers; and advertisement to the world at large.

1. Where the authority has reference to a particular occasion, (as proceeding on a narrative of the granter's absence, or indisposition), the natural expiration of the power is on the return of the granter, or his reconvalescence: But the credit attached to general powers, when once raised, may be continued by mere permission, while the exercise of the authority is unchecked.

2. The next case is that of a common mercantile factor. Express or tacit revocation by act of the principal, or by death, bankruptcy, or insanity, will have no effect either to deprive the factor of the benefit of his authority, in extricating himself from transactions already begun, or from the consequence of his having acted: Or to deprive others,

who have relied on his powers, of the benefit of the transactions on which they have previouly entered with him : Or even to disturb transactions entered into, while he still appeared to hold his authority undiminished.

3. Limited mandates for doing a special act, expire by performance of the act; or by death or revocation; and are not like general powers, capable of extension by mere inference and bona fides.

---

6 *Boileux, sur art.* 2008 *C. N.* } De même que la renonciation laisse subsister les effets du mandat, lorsqu'elle est ignorée du mandataire; de même, ce que le mandataire fait dans l'ignorance de la mort du mandant ou des autres causes d'extinction, doit être valide: les héritiers ou représentants du mandant sont donc liés, qu'ils soient majeurs ou mineurs (Troplong, n. 814).

Nous avons vu plusieurs fois que, pour faire cesser cette ignorance, une notification officielle n'est pas nécessaire; qu'en pareille matière le juge prononce eu égard aux circonstances.

Observons, que l'article 2008 fait exception au principe posé par l'article 2003, lequel déclare le mandat révoqué par la mort du mandant: Le mandataire doit dès lors établir qu'il se trouve dans ce cas exceptionnel, puisqu'il est présumé de droit avoir connu le décès.

Lors même que le mandataire aurait connaissance de la mort du mandant, il doit terminer l'affaire dont il s'est chargé, si cette affaire est tellement urgente, qu'elle ne puisse être différée:—par ez., j'ai accepté le mandat de faire la vendange d'une personne (1991): au moment du décès de cette personne, les vendanges sont ouvertes: je ne serai pas dispensé de remplir mes engagements.

La règle souffre encore exception, lorsque l'affaire est de nature à ne devoir se faire qu'après la mort du mandant.

[ARTICLE 1730.]

1730. Le mandant est responsable envers les tiers qui contractent de bonne foi avec une personne qu'ils croient son mandataire, tandis qu'elle ne l'est pas, si le mandant a donné des motifs raisonnables de le croire.

1730. The mandator is liable to third parties who in good faith contract with a person not his mandatary, under the belief that he is so, when the mandator has given reasonable causefor such belief.

---

* 1 *Bell*, *Comm.*, *ch.* 3, *sec.* 3, § 1, *n*° 2, *p.* 478 *et s.* } I. In the course of mercantile dealings, goods are placed with general agents, or sent to public warehouses, and the power of disposal intrusted to brokers ; and so an agency to this effect is constituted without writing of any kind. Many merchants in London and elsewhere have neither goods nor warehouses in their possession ; but intrusting all their goods to brokers and agents, confine their own attention to the great lines of commercial intercourse.

Where goods are consigned to one at a distance, there is an implied mandate to sell at such price and time as may seem most beneficial ; (1) and this is especially to be inferred where advances have been made on the goods. (2)

II. Mercantile agents have authority frequently conferred

(1) O'Reilly, Hill, May and Company, against Jameson's Creditors, 7th June 1821 ; 1. Shaw and Ballantine, 60.

(2) Ure and Miller against Jaffray, Trustee for Jameson's Creditors, 31st January 1818. Jameson consigned goods to Jamaica, without any special directions : and Ure and Miller, a Glasgow house, partners of Ure and Miller of Jamaica, to whom they were consigned, made advances on them. The goods were laid in at prices too high ; and after long trying the markets, Ure and Miller sold them at a great loss. They were held to have acted within the limits of their implied power, having acted fairly in all respects.

on them by mere implication (1). This generally is grounded on the sanction given by the employer to credit raised by a person acting in his name. Such is the power implied from giving sanction to the acts of a procurator; as where a clerk accepts or indorses bills for his master, which that master pays as legitimately accepted, or allows to be as well transferred as if indorsed by himself.

Such also is the authority with which a domestic, or other servant, or a rider or travelling clerk, is invested, by his master's employing him in ordering or procuring articles, or in receiving orders for goods, and afterwards recognizing his act (2). An agent or factor of ahy kink may in the same way be accredited (3). But in all those cases, it is from the *recognition* of the act, that the authority is inferred (4).

III. There is also a delegation of power by presumption of the law, where one places another at the head of an establishment, or in the management of a shop, or in the man-

(1) A chief example of this is in the case of shipmasters. See below.

(2) Fenn against Harrison, 3. Term. Rep. 760. See also the distinction made by Lord Ellenborough between the case of a servant always furnished with cash beforehand to pay for the goods, from which no authority is to be inferred, and the case of a servant not so in cash. 5. Espinasse, 76.

(3) Todd against Robinson, 1825, before Abbot, Ch.-J.; 1. Ryan and Moody, 217. Linen drapers in London had an order for goods, by Womoe, residing in Lôndon, for Robinson a shopkeeper in Yorkshire. There had been several former orders answered. Womoe appropriated the goods in the last order to himself. But verdict was given against Robinson, as bound by the order of his accredited agent.

Gilman against Robinson, ib. 226. was a case of the same complexion, disposed of in the same way, under Chief-Justice Best's direction.

(4) Courteen against Touse, 1 Camp. 43. n. a. It is said here to have been held by Lord Ellenborough, that although one had often signed policies for another, there being no evidence of a loss had on such policies, it was not sufficient. Yet there is some confusion about this case as stated by Campbell.

agement or command of a ship. The maxim of the law here applies, Qui facit per alium facit per se.

1. A wife is by the law held to be præposita rebus domesticis while she remains in family with her husband. Things furnished on her order, within the range of domestic use, and proper for a family, are held as ordered by the husband. He is liable for the price as the sole debtor, although the articles may have been misapplied, or although he may have given to the wife money to provide them. (1) The presumption of this authority ceases, 1. Where the wife leaves her husband's family, and takes up her residence elsewhere ; (2) and, 2. By the husband publicly depriving her of the administration by means of inhibition. (3)

Whoever is de facto at the head of the family, and in the management of the domestic establishment, is held as præposita (4).

2. In the Roman jurisprudence, the prætor gave an action against the principal for the contracts and engagements of INSTITORS, or superintendents of shops and establishments for sale or purchase. And the principle of this remedy has been adopted in the law of Scotland. In England also, in the same class of cases, a *general* authority seems to be conferred as contradistinguished from a *limited.* Under this rule, in Scotland, are included, the superintendents of shops, manu-

(1) 1. Ersk. 6, § 26.

(2) Even in this case, however, the husband is liable for the wife's necessaries, if he has not furnished her with the means of providing them ; and for the expense of law proceedings between them to the dissolution of the marriage. Harman against M'Alister's Trustees, 6th July 1826 ; 4. Shaw and Dunlop, 799. This does not, however, depend on præpositura ; but the husband is liable to these as proper burdens on the common stock under his administration.

(3) Ersk. ut supra.

(4) See Hamilton against Forrester, 22d February 1825 ; 3. Shaw and Dunlop, 572.

factories, farms, banks, and all similar establishments for commercial purposes. (1)

1. A clerk or shopman, having the management of the shop, is institor or præpositus, sells and receives the price, or buys articles in the course of the trade, so as to bind his master.

2. A woman managing the shop of her husband, or keeping a shop herself, with his permission, is likewise institor; and for her contracts the husband is liable actione institoria (2).

3. The manager of a bank, the officers placed there to deal with the public, or the agent managing a branch of the banking business at a distance from the head establishment, are all institors by whose acts the band is bound. In this case, however, particular attention is necessary to avoid stretching this implied authority too far, considering the peculiar dangers attending money transactions; the precaution of the law, in requiring written proofs as evidence of payment in money; and the very particular regulations and checks under which banks always place their officers, especially in regard to their power of receiving money so as to charge the bank. When this question first occurred, the Court of Session applied the strict rules of the actio institoria, without any very critical examination of the vouchers on which money was paid into the hands of the bank agent. Taking his official place and station, as institor of the bank, to imply sufficient authority as a general agent to receive money for his principal, they held the band chargeable with money so

(1) Bruce and Company against Beat, 10th December 1765, Morr. 4056; where Lee was held the institor of certain gentlemen in carrying on a theatre in Edinburgh, and they were held liable for articles furnished on his order.

(2) Wilson against Deans, 17th December 1675; Gosford, M. 6021. See, in English law, Anderson against Sanderson, 2 Starkie, 204.

received (1). On the next occasion on which the question arose, the Court at first viewed the matter differently, and held the bank chargeable only where the powers delegated to the agent were correctly exercised. But afterwards nearly the same views prevailed as in the former case (2). On appeal to the House of Lords, a doctrine considerably different was applied to this class of cases: The notion of a general agency or implied authority, as in the actio institoria, was rejected;

(1) Paisley Banking Company against Gillon, 20th June 1798. This bank had a branch at Alloa under the care of Birnie, with whom, as agent for the bank, Gillon discounted several bills. They were indorsed to the bank and transmitted, and, when due, were returned to Birnie to recover payment of them. In this situation, Gillon remitted various sums to Birnie for the purpose of paying those bills; but Birnie did not enter those sums in the bank books, and the bills remained in his hands to be cancelled. He became bankrupt and absconded, and in the repositories of the bank the bills were found. The bank raised action against the parties in the bills, and the defence was payment. The question, therefore, was, Whether the bank was chargeable with the remittances sent to Birnie? The Court held that it was, and dismissed the bank's action.

(2) Watson against Bank of Scotland, 15th May 1806; Fac. Coll. M. App. 1. Mandate, No. 3. The Bank of Scotland had a branch at Brechin, under the management of James Smith and Sons, as their agents. The place of business was in a room, over the door of which was painted, 'The Bank of Scotland Office.' Receipts for money paid to the bank were engraved, with blanks for sums and dates, and were signed 'James Smith and Son, agents for the Bank of Scotland.' The agents did much business, and in particular discounted bills, and, as bankers, received deposits of money on their own account. They transacted their business in the bank office, and they gave notes for sums deposited, engraved as the bank receipts were, dated 'Bank Office,' and signed 'James Smith and Sons.' Watson placed L. 60 in the bank, and received a receipt of the latter description; and, on the failure of Smith and Sons, raised an action for the money as deposited with the bank. The Court found the bank liable for the contents of the receipt, chiefly on the ground, 'that 'it would be of dangerous consequence to the public, as well as con- 'trary to the implied nature of such a business, if banks were not an- 'swerable for the transactions at their known office by the clerks and 'servants employed by them in the common operations of banking.'

and the case of a bank agent placed on the footing of a limited agency, like any other limited mercantile agent or factor, his power being measured by his commission, and his principals no otherwise chargeable than as the authority granted to the agent gave him power to bind them (1). And it is a strong confirmation of this view, that in all bank transactions, being dealings in money, the law requires correct written evidence, the terms and import of which the party must be bound to examine.

IV. Another case, in which it is sometimes contended that there is an implied power, somewhat of the nature of the institorial, is, where a mercantile or manufacturing house employs a RIDER or TRAVELLER to receive their debts, and take orders to be executed by the principal. The authority of such a person may depend either on the instructions which he receives, or on the custom of the trade, or on the extent to which his exercise of authority has been recognized. In general it appears, that a riding or travelling agent has not only authority to receive payment for his principal of the monies due to him, but to take orders by which the principal shall be bound as much as if he himself had accepted and bound the contract. (2)

(1) Bank of Scotland against Watson, House of Lords, 26th March 1813; 1. Dow, 40. The Lord Chancellor said, 'There was nothing peculiar that he knew in bank agency to take it out of the rule, that the 'agent could not bind his principal beyond the limits of his authority. 'The Chief Justice Ellenborough had sat at the table at the hearing of 'the case, and had observed, that if it had come before him, it would 'not have occupied more than ten minutes. There were a variety of considerations and circumstances stated to raise a presumption in favour 'of the respondent; but all of them appeared to him insufficient to show 'that this was an instrument by which the bank could be bound.' Lord Redesdale concurred in this opinion.

(2) Milne against Harris, James and Company, 14th June 1803; Fac. Coll. M. 8493. An order was given by Milne to Callender, a rider of Harris, James and Company, which was executed. In his next round, another order was given by Milne to Callender, which he transmitted to

[ARTICLE 1730.]

* *Paley* (*Waterman*), *Pr. and Ag.*, *ch.* 3, *part.* 1, *sec.* 2, *p.* 161 *et s.*

1. An authority, however, may not only be expressly created by the modes above mentioned, but may be implied from the conduct of the employer, in sanctioning the credit given to a person acting in his name; and from the nature of the employment (1). As the law of master and servant is the basis of this branch of the law of agency, it may be proper to refer to that source for authorities. And though employment be [is] sometimes considered only as evidence of an authority, it may, perhaps, be properly regarded as the authority itself; upon a general principle of justice, that he who accredits another by employing him, must abide by the effect of that credit (2). Thus, if a servant

his principals. But they refused to execute it, as Milne had not settled the former dealing correctly. Milne immediately wrote that cash should be paid down, but his order was not answered. Harris, James and Company, defended the action by Milne, on the ground that Milne's offer was not accepted by them. The Court held the rider to have authority to receive orders, and to bind his principal to the execution of them. Some of the Judges held, that this general rule must admit the exception of a refusal for sufficient cause; and the irregularity of the former dealing they held sufficient; but this did not prevail. See Telford against James, Wood and James, (Sup. 404.) 3. Shaw and Dunlop, 167.

(1) *Richardson* v. *Cartwright*, 1 Carr. & Kirwan, 328; *Post*, 169, 197.

(2) Rolfe, B., says:—"An authority to sell may be either express, as when an actual order to sell is given; or it may arise from ordinary usage, as in the case of a servant in a shop, or market, or where the master has been in the habit of sending his servant to sell at a particular place." Therefore, where a servant was sent to sell cattle in *market overt*, his authority was construed not to be a continuing authority to sell elsewhere. *Metcalfe* v. *Lumsden*, 1 Carr. & Kir. 309 (*).

(*) Where the authority of a servant to bind his master upon contracts arises merely by implication, the general rule is, that *the authority of a servant is co-extensive with his usual employment, and the scope of his authority is to be measured by the extent of his employment.* For a master who accredits a servant by employing him must abide by the effects of that credit, and will be bound by contracts made with innocent third

have been allowed by his master to buy upon credit, the latter is answerable for what is bought by that servant, though without his authority. The rule is thus laid down by Lord C. J. Holt (1): — "If a man send his servant *with ready money* to buy goods, and the servant buy upon credit, the master is not chargeable. But if the servant usually buy for the master upon tick (2), and the servant buy some things without the master's order, yet if the master were trusted by the trader, he is liable (3)." So, if a servant, usually employed to pledge goods or borrow money, pledge his master's goods for money, the lender may maintain an action of debt for it against the master (4). *One instance* in which the servant's authority to buy upon credit was recognized, was held sufficient to charge the master, as follows: the defen-

persons in the seeming course of that employment, and on the faith of that credit—whether he intended to authorize them or not, or even if he expressly, though privately, forbade them; it being a general rule of law founded on natural justice, that where one of the innocent persons must suffer by the frauds of a third, he who enabled that third person to commit the fraud, should be the sufferer. Smith's Merc. Law, 116; *Hern* v. *Nicholls*, 1 Salk. 289; *Baring* v. *Corrie*, 2 B. & A. 143; *Fitzherbert* v. *Mather*, 1 T. R. 16; and see Smith's Master and Servant, p. 125.

(1) Show. 95; *Jaques* v. *Todd*, 3 Wend. 94.

(2) Assuming of course that the master has authorized or adopted such a course of dealing.

(3) See also 3 Keb. 625; 10 Mod. 111. In an action against the defendant for the amount of a quantity of brandy alleged to have been sold and delivered to him, it appeared in evidence, that the brandy had been ordered by the butler of the defendant, in the name of the latter, and that it had been delivered accordingly, and had been consumed by the butler and the cook; and that the defendant had not been privy to the order, delivery or consumption. Lord Ellenborough:—"If the defendant had been in the habit of paying for goods ordered by his butler, he would be bound: but we must give up housekeeping, if such evidence as this were sufficient to bind a master." Verdict for the defendant. *Maunder* v. *Conyers*, 2 Starkie's Nisi Prius Cases, 281.

(4) 12 Mod. 564.

dant, who was a dealer in iron, and known by the plaintiff to be so, though they never before had any dealings together, sent a waterman to the plaintiff for iron on trust, and paid for it afterwards. He sent the same man again with ready money, who received the goods, but did not pay for them; and it was ruled that the sending him upon trust the first time was giving him credit, so as to charge the defendant upon a second contract (1).

So a bill or note drawn by a clerk, who is allowed to issue notes, will bind the master though the money never come to his use (2). But without any previous dealing upon credit

(1) *Hazard* v. *Treadwell*, 1 Str. 506. Can this case be law? Can a single instance of recognition be sufficient to bind the principal or master? *Supra*, n. (2); *Post*, p. 169 (*).

See *Todd* v. *Robinson*, Ry. & M. 217; *Gilman* v. *Robinson*, ib. 226. In both these cases, however, there had been frequent dealings on credit through the agent, expressly recognized by the principal, and in the latter case Best, C. J., seems to have doubted whether a single instance of recognition by payment would suffice. The question would be, whether from such a recognition a tradesman would be justified in inferring a *general* authority from the principal to the agent to deal for him on credit in respect of the same description of goods, and a jury would be very likely to say, that he was so justified, and that if loss occurred, it ought to fall on the employer for having induced him to suppose the existence of such an authority (**).

(2) And so it is in the case of partners, the rights and liabilities of whom are governed by the same rules as are the relations of principal and agent, each partner being considered, in all which relates to part-

(*) See Smith's Master and Servant, p. 126, where this case is cited without objection, or comment. And Mr. Phillipps in his Treatise on Evidence (Vol. V, p. 109), evidently upon the authority of this case, says:—" A master will be liable for a contract made by his servant, if he has authorized him *in any instance*, to buy of the plaintiff on credit."

(**) See *Follett* v. *Stanton*, 16 Vt. Rep. 35.

nership business, the agent of the rest (*). The same questions, therefore, of express and implied, general and special authority, are continually arising among them, and must be determined on the simple principle as those which are here laid down. Indeed the law of partnership is but a branch of that of principal and agent, and might have been fitly introduced into the treatise; but as it did not enter into the design of the original author, it has been thought better merely to refer to it generally. Some points touching the law of partnership, so far as connected with the subject of agency, are introduced by the editor. *Ante*, p. 157, n. (*l*).

Boulton v. *Arlsden*, 1 Salk. 284; *Post*, 169. In this manner the acts of the wife, supported by evidence of the husband's assent to other acts of the same nature, and in the same business, may bind him. *Cox* v. *Hoffman*, 4 Dev. & Bat. (N. Car.) Law Rep. 180. Thus a wife, in the absence of, and unknown to her husband, contracted for the board of his daughter, aged seventeen, who, after some time, was removed by her to another situation. In an action by the person with whom she was last placed, it was proved that the husband had paid for the first board, though he expressed some disapprobation of it; and it was held, that he had thereby so far acknowledged the discretionary power to contract for this purpose, as to make him liable to the plaintiff upon the second contract. *Forsyth* v. *Milne*, Sittings after M. T. 1808, Gd. Hall, B. R. (**).

[So, where the wife alone transacted the husband's business, and

(*) "In all contracts concerning negotiable paper, the act of one partner binds all, and even though he signs his individual name, provided it appears on the face of the paper to be on partnership account, and to be intended to have a joint operation." 3 Kent's Com. p. 41. "The act of each partner," says Mr. Kent, (Ib. pp. 40, 41) "in transactions relating to the partnership, is considered the act of all, and binds all. He can buy and sell partnership effects and make contracts in reference to the business of the firm, and pay and receive, and draw and indorse, and accept bills and notes, and assign choses in action. Acts in which they all unite differ in nothing in respect to legal consequences, from transactions in which they are concerned individually; but it is the capacity by which each partner is enabled to act as a principal, and as the authorized agent of his copartners that gives credit and efficacy to the association."

(**) The husband is bound by the contracts of his wife for ordinary purchases from a presumed assent on his part, unless his dissent be previously made known. But he is not liable for money lent to the wife, without his request. "If the husband," says Mr. Kent, (2 Com. pp. 146, 147) "abandons his wife, or they separate by consent, without any pro-

purchased all the articles used in his trade, her admission, as to the state of the accounts between the person who has supplied goods to her to be used in the trade, and her hushand, was held to be evidence against the latter. *Anderson* v. *Sanderson*, 2 Stark. N. P. C. 204.] And see 1 Camp. 121; 3 B. & C. 631; *Taylor* v. *Green*, 8 Carr. & Payne, 316; *Filmer* v. *Lynn*, 4 Nev. & Mann. 559. A wife may act as agent of her husband; and a subsequent acknowledgment or ratification of her acts by the husband is evidence of, and equivalent to an original authority. *Hopkins* v. *Mollinieux*, 4 Wend. 465. It is competent to a jury to infer agency in a wife, to accept a notice with respect to a particular transaction in her husband's trade, from her being seen twice in the counting-house, appearing to conduct his business with reference to the transaction in question, and on these occasions giving directions to the foreman. *Plimmer* v. *Sells*, 3 Nev. & Mann. 422. And when a wife admitted, that she had agreed to pay 4*s*. per week for nursing a child, it was held sufficient to charge the husband, it being a matter usually transacted by women. *Anon.* Str. 527. (*)

vision for her maintenance, or if he sends her away, he is liable for her necessaries, and he sends credit with her to that extent. But if the wife elopes, though it be not with an adulterer, he is not chargeable, even for necessaries. The very fact of the elopement and separation is sufficient to put persons on inquiry; and whoever gives the wife credit afterwards, gives it as his peril. The duties of the wife while cohabiting with her husband, form the consideration of his liability. All persons supplying the food, lodging and raimed of a married woman living separate from her husband, are bound to make inquiries, and they give credit at their peril."

(*) Where goods are ordered by the wife of the defendant, cohabitation is presumptive evidence of the husband's assent. But it would seem that where the articles furnished are not necessaries suited to the situation in life of the defendant's wife, mere proof of cohabitation will not be sufficient to make the husband liable; and the presumption arising from this circumstance may clearly be rebutted by evidence tending to negative the husband's assent, or which shows that the credit was given to the wife. And where the wife is living separate from her husband, it seems to be necessary that evidence should be given by the plaintiff of the circumstances of the separaton, to show that they were such as to authorize her to bind her husband, even for necessaries suitable to her degree in life. Phillipps on Evidence, Vol. V, p. 110, 3d Am. edit. and cases cited.

[ARTICLE 1780.]

As to matters concerning the internal regulation of the household, such as the hiring of servants, the procuring of provisions and other necessaries for the family, the purchase of necessary apparel for herself and children, and the performing whatever other duties usually devolve upon the female head of a family, the wife is *prima facie* to be deemed the agent of the husband, and in cases of orders given by the wife in those departments of her husband's household which she has under her control, or of orders for articles which are necessary for the wife, such as clothes, (if the wife be living with the husband), ought to infer agency, if nothing appear to the contrary; but if the order is excessive in point of extent, and such as the husband never could have authorized, that will alone be sufficient to repel the inference of agency. And if it be proved that the wife has a separate income, that of itself goes to repel the inference of agency; and evidence that the plaintiff has made out the invoices to the wife, and has drawn bills of exchange on her for part of the amount, which she has accepted in her own name, payable at her own bankers' from her separate funds, also goes to prove that the wife was not acting as the agent of the husband; and the fact that the husband sold some of the goods which were supplied to the wife, and received the money for them, will not of itself make the husband liable in point of law to pay for them; but it is a fact for the consideration of the jury in determining whether the goods were supplied on the credit of the husband, and whether the wife was the agent of her husband. *Freestone* v. *Butcher*, 9 Carr. & Payne, 643. In a latter case in the Court of Exchequer, it was held, that the liability of a husband for goods supplied to his wife depends upon whether she is his agent for the purpose of binding him by contracts for goods supplied to her, which is a question for the jury to determine upon the facts of the case; and in determining that question, the extravagant nature of her orders is a matter to be taken into consideration, as showing she had no such authority (*). Parke, B., there says: — "There may be a trifling inaccuracy in the re-

(*) In *Emmet* v. *Norton*, (8 Car. & P. 506,) Lord Abinger observed that a wife would be of little use to her husband, in their domestic arrangements, if she could not order such things as are proper for the use of a house, and for her own use, without the interference of the husband. The law, therefore, presumes that she does this by her husband's authority. This presumption will be stronger if she has been permitted by him to purchase articles for the use of the house and family. But it will be repelled if, whilst the husband and wife live together, the articles purchased by the wife are not such as can be classed among those which can be considered as necessaries; so that, in the absence of the hus-

sanctioned by the master, a party who trusts a servant does it at his own peril (1), and can only resort to the servant's responsibility, and the master is only liable for so much as comes to his use (2); and not even for that, if he gave the servant money beforehand to pay for it (3). A rule laid down by Lord Kenyon is, that where a man gives his servant money to pay for commodities as he buys them, if the servant appropriate that money, the master will not be liable; but if the master employ the servant to buy things upon

port in the case of *Freestone* v. *Butcher* (*ubi supra*), in stating that the extravagance of the bill would *alone* repel the inference of agency: that alone, perhaps would not be sufficient; but it may be repelled by that and other circumstances togother. The law as there laid down is substantially correct. The whole turns upon the question of the husband's authority; and it is for the jury to say whether the wife had any such authority, and whether the plaintiff who supplied her with these articles must have known that she was exceeding her husband's authority to pledge his credit. If he had any doubts upon the subject, he might have made inquiries of the husband." *Lane* v. *Ironmonger*, 13 Mees. & Welt, 368. In the somewhat analogous case of supplies furuished to an infans. where the jury had found for the plaintiffs nearly the whole amount of their account against the infant—an account as to which Gibson, C. J., might well say :--" Such a bill makes one shudder," — a new trial was granted by the Supreme Court of Pennsylvania; the Chief Justice observing that " where the supply has been so grossly profuse as to shock the sense, it is the duty of the judge to say so as matter of law, and charge that there can be no recovery for more than was absolutely necessary." *Johnson* v. *Lines*, 6 Watts & Serg. 80.

band's express authority, it appears requisite to prove, with a view of fixing the liability on him, that in other instances of like kind, the wife was in the habit of purchasing similar articles with the concurrence of her husband; for if the goods are unsuitable to her rank in life, either in kind or in quantity, and to her husband's circumstances, his authority for the contract or purchase will not be implied. Bright's Husband and Wife, Vol. II, p. 7.

(1) *Ante*, 162, n. (*b*).

(2) *Pearce* v. *Rogers*, 3 Esp. Cas. 214; and see 4 Esp. 174.

(3) 1 Salk. 234.

[ARTICLE 1731.]

credit, he will be liable to whatever extent the servant pledges his credit. And in the case then in question, where the mode of dealing was for the master to give money to pay for the articles, as bought, to the servant, who used to pay it over whenever it amounted to a certain small sum, it was held that the tradesman, having suffered the account to run to a considerable arrear, could not recover against the master; for that, by departing from the usual mode of dealing, he had trusted the servant and not the master (1).

Voy. *Story*, *Agency*, § 443, cité sur art. 1727.

1731. Il est responsable des dommages causés par la faute du mandataire, conformément aux règles énoncées en l'article 1054.	**1731. He is liable for damages caused by the fault of the mandatary, according to the rules declared in article 1054.**

Voy. *C. C. B. C.*, art. 1054.

---

*2 *Pothier* (*Bugnet*), *Obligat.*, *n°* 453. } 453. Ce n'est pas seulement en contractant, que les préposés obligent leurs commettants. Quiconque a commis quelqu'un à quelques fonctions, est responsable des délits et quasi-délits

(1) *Stubbing* v. *Heintz*, Peake Ni. Pri. 48. A rule somewhat different is stated in another case, where it is said to have been resolved by Holt, C. J., that where the master gives the servant money to buy goods for him, and he converts the money to his own use, and buys upon tick, yet the master is liable so as the goods come to his use, otherwise not. *Boulton* v. *Arlsden*, 3 Salk. 234. However, the report of the same case, 1 Lord Raym. 225, does not support this statement; and is consistent with the rule as mentioned in the text. It is indeed there said to have been so adjudged in *Stowel's case*, but that Holt, C. J, doubted that resolution.

que son préposé a commis dans l'exercice des fonctions auxquelles il était préposé (L. 5, § 8, ff. *de Inst. act.*) ; et s'ils sont plusieurs qui l'ont préposé, ils en sont tous tenus solidairement sans aucune exception de division ni de discussion.

Par exemple, si un commis aux aides, en faisant son exercice chez un cabaretier, a maltraité ce cabaretier, ou lui a causé quelque dommage dans ses effets, les fermiers du prince qui l'ont préposé sont responsables de ce délit, et obligés au paiement des dommages et intérêts auxquels leur commis sera condamné, sauf leurs recours contre lui ; parce que ce préposé a commis le délit dans ses fonctions. Si le commis avait maltraité ou volé quelqu'un hors de ses fonctions, ils n'en seraient pas tenus.

Cette obligation du commettant est une obligation accessoire à l'obligation principale du préposé qui a commis le délit.

Elle s'étend à tout ce que l'obligation principale renferme pour les dommages et intérêts dus à celui contre qui le délit a été commis ; mais le commettant n'en est tenu que civilement, quoique celui qui a commis le délit en soit tenu par corps. Les commettants ne peuvent opposer contre l'action qui en naît, ni l'exception de division, ni celle de discussion ; ils peuvent seulement, en payant, requérir la cession des actions du créancier.

---

* 1 *Bell, Comm., ch.* 3, *sec.* 3, § 2, *n*° 2, *p*. 493. } 6. Claims may sometimes be available to third parties against the estate of the principal, in consequence of the acts of the agent, though unauthorized by the principal. Thus, 1. Representations by the agent, in the strict course of the contract, will be taken to form a part of the contract with the principal; and the concealment or misrepresentation of the agent will also affect the principal. (1) 2. On the same principle, notice

(1) Fitzherbert *v.* Mather, 1. Term. Rep. 12. Stewart against Dunlop, 8th April 1785 ; affirmed in House of Lords.

to a factor or agent will be held as notice to the principal, provided such factor has power to treat and negociate the contract. And, 3. The principal is liable civilly for the neglect or fraud of his agent, committed in execution of the authority given to him.

---

* *Story* (*Greenough*), *On agency*, § 452 *et s.*

§ 452. In the next place, as to the liability of the principal, to third persons, for the misfeasances, negligences, and torts of his agent. It is a general doctrine of law, that, altough the principal is not ordinarily liable (for he sometimes is) in a criminal suit (1), for the acts or misdeeds of his agent, unless, indeed, he has authorized or co-operated in those acts or misdeeds; yet, he is held liable to third persons in a civil suit for the frauds, deceits (2), conceal-

(1) Attorney-General *v.* Siddon, 1 Tyrwh. 41; Rex *v.* Goutch, Mood. & Malk. 437; 3 Chitty on Com. & Manuf. 209. 210; Smith on Merc. Law, B. 1, ch. 5, § 3, p. 130 (3d ed. 1843); [Queen *v.* Stephens, L. R. 1 Q. B. 702; Commonwealth *v.* Holmes, 119 Mass. 195; Hunter *v.* State, 1 Head (Tenn.), 160; Rex *v.* Almon, 1 Leading Crim. Cas. 241; Forrester *v.* State of Georgia, 63 Ga. 349; Commonwealth *v.* Pratt, 126 Mass. 462].

(2) [A principal is undoubtedly liable, in a civil suit, for the frauds and deceits of his agent, in the ceurse of his employment; but the extent of that liability is not so clear. If he directly authorize the fraud or deceit, he is liable to the full extent, because it is then his own act. If he ratify it with knowledge of all the facts, he is liable in the same manner. Although he be morally innocent of the fraud or deceit, yet, if the representations of the agent amount to a warranty he is liable upon the warranty. Again, the other party can defend upon the ground of fraud against a suit brought by the principal to enforce a contract into which such fraud or deceit has entered as a material part. The other party may also, in a proper case, rescind such contract; and, again, he may have relief against it in a court of equity. It is, however, difficult to see upon what principle a person can be liable, in an action of tort, for a deceit or a fraud of which, in point of fact, he was not cognizant. According to the weight of authority, however, he is so liable. The matter has been discussed in England, in the case of Udell *v.* Atherton, 7 H. & N. 172. In this case the court were equally divided: Pollock, C. B. and

ments, misrepresentations, torts, negligences, and other malfeasances, or misfeasances, and omissions of duty, of his agent, in the course of his employment, although the prin-

Wilde, B., holding the action maintainable; and Bramwell and Martin, BB., holding the contrary. Subsequently, such an action was held maintainable in Barwick v. The English Joint-stock Bank, L. R. 2 Ex. 259. And again, upon the authority of this last-named case, in Swift v. Winterbotham, 28 L. T. N. S. 339; L. R. 8 Q. B. 244. But the contrary was held in Addie v. The Western Bank of Scotland, L. R. 1 H. L. S. & D. 145. In the case of Mackay v. The Commercial Bank, 30 L. T. N. S. 180, in the Privy Council, it is held to be now settled law, that the principal is answerable in an action of deceit for the fraud of his agent, acting within the scope of his authority, *where he has received à benefit from the fraud.* If the principal would not be liable *in that form of action* unless he had received a benefit from the fraud, it is not easy to see how the reception of a benefit can make him liable. In the United States such action has been held maintainable in Locke v. Stearns, 1 Met. 560; and in Durst v. Burton, 47 N. Y. 167. The agent is, of course, liable for his own fraud or deceit. See, further, for the liability of a principal for the fraud or deceit of his agent, Bennett v. Judson, 21 N. Y. 238; Crans v. Hunter, 28 N. Y. 389; Mundorff v. Wickersham, 63 Penn. St. 87; Crump v. U. S. Mining Co. 7 Gratt. (Va.) 352; Concord Bank v. Gregg, 14 N. H. 331; New York & New Haven R. R. Co. Schuyler, 34 N. Y. 30; Fogg v. Griffin, 2 Allen, 1; Lobdell v. Baker, 1 Met. 193. — G.]

[In a recent case in the U. S. Supreme Court, Upton, Assignee v. Tribilcock, 91 U. S. 45, the court said, " Where an agent of an existing corporation procures a subscription of additional stock in it by fraudulent representations, the fraud can be relied on as a defence to a suit for the unpaid instalments when the suit is brought by the corporation, and if the stockholder has in a reasonable time repudiated the contract and offered to rescind before the insolvency or bankruptcy of the corporation, the defence is valid against the assignee of the corporation." But in Miller v. Wild Cat, &c. Co, 52 Ind. 1, it was held that the representations of a solicitor of subscriptions to the stock of a gravel-road company, made before the organization of the company, concerning the location of the road, &c., do not bind the company after it has been organized. And an innocent principal cannot take an advantage resulting from the fraud of his agent without rendering himself civilly liable to the injured party. Thus, where a husband as agent of his wife procured by fraud an insurance upon her life, the insurance company can recover the money paid

cipal did not authorize, or justify, or participate in, or, indeed, know of such misconduct, or even if he forbade the acts, or disapproved of them (1). In all such cases, the rule

after her decease to her administrator, although she was innocent of the fraud herself. National Life Ins. Co. *v.* Minch, 5 Thomp. & C. 545. So, where an agent effects the sale of his principal's land by false representations, though without the knowledge or authority of the latter, the principal is responsible for the fraud. Law *v.* Grant, 37 Wisc. 548. See also Reynolds *v.* Witte, 13 So. Car. 5; Tagg *v.* Tennessee Nat. Bank, 9 Heisk. 479; Foster *v.* Green, 31 L. J. N. S. 158. So, where an agent of the insurer had cheated the insured into signing the papers and paying the premium, and the policy was issued upon the false statements of the agent, it was held, that the insured might hold the principal to the contract. Eilenberger *v.* Protect. Mut. Fire Ins. Co., 89 Pa. St. 464.—ED.]

(1) Chitty on Com. & Manuf. 208-210; Smith on Merc. Law, 70, 71 (2d ed.); Id. B. 1, ch. 5, § 3, pp. 127-130 (3d ed. 1843); Ante, §§ 139, 217, 308-310; Doe *v.* Marten, 4 T. R. 66, per Lord Kenyon; Bush *v.* Steinman, 1 Bos. & Pull. 404; Att'y-Gen'l *v.* Siddon, 1 Tyrwh. 41; Ante, §§ 308, 311, 315-319; Milligan *v.* Wedge, 12 Adolph. & Ellis, 737, 742; Quarman *v.* Burnett, 6 Mees. & Wels. 499; Locke *v.* Stearns, 1 Met. 560; Penn. Steam Navig. Co. *v.* Hungerford, 6 Gill & John. 291. [See Barber *v.* Britton, 26 Vt. 112; Linsley *v.* Lovely, 26 Vt. 123; Southwick *v.* Estes, 7 Cush. 385; Reeves *v.* State Bank, 8 Ohio St. 476; Dudley *v.* Sautbine, 49 Iowa, 650; Corrigan *v.* Un. Sugar Refinery, 98 Mass. 577. And see, for a full collection of the authorities, 2 Thompson on Negligence, 861. See Ante, § 308, note, for short statement of the application of this principle to some of the varieties of corporations. But, of all such principals, the railroad corporations have caused, and are still causing, the greatest number and variety of decided cases in which this principle is applied. It is, of course, out of place here to do more than briefly allude to some of the numerous decisions.

Thus, railroad corporations are liable in damages to those injured by the negligence of their employés, either at street-crossings, Sweeny *v.* Old Colony, &c. R. R. Co., 10 Allen, 368; Chicago, &c. R. Co. *v.* Gretzner, 46 Ill. 74; Pennsylvania R. Co. *v.* Krick, 47 Ind. 368; Georgia R. Co *v.* Wynn, 42 Ga. 331: or on the railroad tracks, if properly there, Goodfellow *v.* Boston, &c. Co., 106 Mass. 46; Schultz *v.* Chicago, &c. R. R. Co., 44 Wisc. 638: or in getting off or on of the trains and station platforms, Gaynor *v.* Old Colony R. Co., 100 Mass. 208; Green *v.* Erie R. R. Co., 11 Hun, 333: or by the negligence of its agents in the management

applies, *respondeat superior;* and it is founded upon public policy and convenience; for in no other way could there be any safety to third persons in their dealings, either directly with the principal, or indirectly with him through the instrumentality of agents (1). In every such case, the prin-

of its trains, Phila. R R. Co. *v.* Derby, 14 How. 468; Hunter *v.* Hudson Railway Iron Co, 20 Barb. 507; Drymala *v.* Thompson, 26 Minn. 40: or for injuries resulting from a collision caused by the wilful misconduct as well as the negligence of an engineer, New Orleans, &c. R. Co. *v.* Allbritton, 38 Miss. 242. See Reedie *v.* London, &c. R. R. Co., 4 W. H. & G. 244; Weed *v.* Panama R. R. Co., 3 Smith, 369. So, where an agent of the company arrested the plaintiff without due cause, although in good faith, the company were held liable. Goff *v.* Great Northern R. Co., 3 E. & E. 672; Moore *v.* Metr. R. Co., L. R. 8 Q. B. 36; Bayley *v.* Manchester R. Co, L. R. 7 C. P. 415. But a company was held not liable in such case where a clerk who issues tickets gives in custody a person whom he suspects has attempted to rob the till after the attempt has ceased. Allen *v.* London, &c. R. Co., L. R. 6 Q. B. 65. So, where a porter gives in charge an innocent person whom he suspects of stealing. Edwards *v.* London, &c. R. Co., L. R. 5 C. P. 445; Poulton *v.* London, &c. Railroad Co., L. R. 2 Q B. 534. And a railroad corporation is liable for assaults and batteries upon passengers made by the conductors, Ramsden *v.* Boston, &c. R. R. Co., 104 Mass. 117; Coleman *v.* N. Y. & N. H. R. R Co., 106 Mass. 160; Moore *v.* Fitchburg R. R. Co., 4 Gray, 465; see Ballou *v.* Farnum, 9 Allen, 47: and for injuries to animals caused by the negligence of their servants and employés, Chapman *v.* N. Y. Centr. R. R. Co., 33 N. Y. 369; Trout *v.* Virginia, &c. R. Co., 23 Gratt. 619; Quimby *v.* Vermont, &c. R. Co., 23 Vt. 387; Illinois, &c. R. Co. *v.* Wren, 43 Ill. 77: and for delay in forwarding freight caused by a strike of their employés without good reason, Blackstone *v.* N. Y. & E. R. Co., 6 Smith (N. Y.), 48; Hall *v.* Pennsylvania R. R Co, 28 Am. Law Reg. 250. In this last case, however, it was held that where goods were accepted by a carrier under a bill of lading by which he was not to be liable for loss by fire, and the goods were stopped on their transit for two days and then burned by a mob, the carrier was not liable, as the loss came within the exception of the bill of lading.—Ed.]

(1) Ante, § 308; 1 Black. Comm. 431, 432; Abbott on Shipp. Pt. 2, ch. 2, § 11; Ellis *v.* Furner, 8 T. R. 533; Bush *v.* Steinman, 1 Bos. & Pull. 404; Laugher *v.* Pointer, 5 B. & Cressw. 547; Randleson *v.* Murray, 8

cipal holds out his agent, as competent, and fit to be trusted; and thereby, in effect, he warrants his fidelity and good conduct in all matters within the scope of the agency (1).

§ 453. A few cases may serve to illustrate this doctrine. Thus, a carrier will be liable for the negligence of his agent, by which the goods committed to his custody are damaged or lost (2). So, he will be liable for the tortuous conversion of the property by his agent (3). So, the owner of a ship will

Adolph. & Ellis, 109; Milligan v. Wedge, 12 Adolph. & Ellis, 737; Quarman v. Burnett, 6 Mees. & Wels. 499; Rapson v. Cubitt, 9 Mees. & Wels. 710; Winterbottom v. Wright, 10 Mees. & Wels. 109, 111; Ante, §§ 308, 311; [Wilkins v. Gilmore, 2 Humphreys, 140; Leggett v. Simmons, 7 Sm. & Mar. 348; Penn. Steam Co. v. Hungerford, 6 Gill & John. 291; Johnson v. Barber, 5 Gilman, 425; Harris v. Mabry, 1 Iredell, 240; Durst v. Burton, 42 N. Y. 167; s. c. 2 Lansing, 137. A joint action will lie against the principal and agent, for a personal injury caused by the negligence of the latter (in the absence of the former) in the course of his employment. Phelps v. Wait, 30 N. Y. Ct. Ap. 78.—R.]

(1) See the opinion of Lord Holt in Lane v. Cotton, 12 Mod. 490; 4 Bac. Abridg. *Master and Servant*, K.; Ante, §§ 11-13, 315, 316, 319; Hern v. Nichols, 1 Salk. 289. Mr. Justice Blackstone, in his Commentaries, gives a different reason, and says: "We may observe, that, in all the cases here put, the master may be frequently a loser by the trust reposed in his servant, but never can be a gainer: he may frequently be answerable for his servant's misbehavior, but never can shelter himself from punishment, by laying the blame on his agent. The reason of this is still uniform and the same: that the wrong done by the servant is looked upon in law as the wrong of the master himself; and it is a standing maxim, that no man shall be allowed to make any advantage of his own wrong." 1 Black. Comm. 432. It seems to me, that the reason here given is artificial and unsatisfactory, and assumes, as its basis, a fact, which is the reverse of the truth in many cases; for the master is liable for the wrong and negligence of his servant, just as much when it has been done contrary to his orders and against his intent, as he is when he has co-operated in or known the wrong. (Stickney v. Munroe. 44 Me. 204.]

(2) Story on Bailm. §§ 488-583; 1 Bell, Comm. §§ 397-400 (4th ed.); Id. pp. 463-465 (5th ed.); Coggs v. Bernard, 2 Ld. Raym. 909, 919, 920. [But see Butler v. Basing, 2 C. & P. 613.]

(3) Ante, §§ 310, 315, 316; Morse v. Slue, 1 Vent. 238; s. c. 1 Mod. 85.

be liable for damages and losses, arising to a shipper of goods by reason of the negligence, the fraud, the unskilfulness, or the tortuous acts of the master (1). So, if the master of a ship should negligently run down, or come into collision with another ship, the owner would be liable to the party injured for the damages occasioned thereby (2). So, if a servant should so negligently drive his master's carriage or cart, as to overturn another carriage, or to run over an individual, and do him injury, the master would be liable for the damages (3). So, if a servant of a smith should injure a

(1) 4 Bac. Abridg. *Master and Servant*, K.; Ante, §§ 315-317: Abbott on Shipp. Pt. 2, ch. 2, §§ 6-8, pp. 94-98 (Amer. ed. 1829); Id. p. 99, note (1), and cases there cited.

(2) Abbott an Shipp. Pt. 2, ch. 2, § 11, and note (1) (Amer. ed. 1829), and cases there cited; The Thames, 5 Rob. 345; The Dundee, 1 Hagg. Admir. 109; The Woodrop Sims, 2 Dodson, 83; The Neptune the 2d. 1 Dodson, 467; Stone *v.* Ketland, 1 Wash. Cir. 142; Ante, §§ 315-317; Shaw *v.* Reed, 9 Watts & Serg. 72.

(3) Jones *v.* Hart, 2 Salk. 441; Brucker *v.* Fromont, 6 T. R. 659; Morley *v.* Gaisforn, 2 H. Bl. 442; McManus *v.* Crickett, 1 East, 107, 108; Booth *v.* Mister, 7 Carr. & Payne, 66. See Quarman *v*, Burnett, 6 Mees. & Wels. 499; Post, §§ 453 *a*, 453 *b*. 453 *c*.; [Johnson *v.* Small, 5 B. Mon. 25. Thus, where the defendant was engaged in constructing a sewer and employed men with horses and carts, and the men were allowed an hour for dinner, but were ordered not to go home or leave their horses during that time, and one of the men went home and left his horse unattended in the street before his door, whereupon the horse ran away and injured the plaintiff's property, it was held that the man was acting within the scope of his employment, and that the defendant was liable. Whatman *v.* Pearson, L. R. 3 C. P. 422. So, where a servant leaves his master's cart in the street, where it is struck by a third person and the plaintiff is injured, Illidge *v.* Goodwin, 5 C. & P. 190: and although the horse and cart belong to the agent, yet, if it is used by him about his master's business with the latter's knowledge and consent, and by the agent's negligence it is driven against another horse, the master has been held to be liable, Patten *v.* Rea, 2 C. B. N. S. 606. So, where a cabdriver was on his way back with his cab to the stables, and drove furiously and ran over the plaintiff, the owner of the cub was held liable. Venables

horse in shoeing him, or an assistant of a surgeon should treat a patient with gross want of skill, the principal would be liable for the damages (1). So, if an agent should sell a

v. Smith, L. R. 2 Q. B. D. 279. But the owner of a horse and carriage is not liable for an injury caused by the negligent driving of a borrower. if they were not used at the time in the owner's business. Herlihy v. Smith, 116 Mass. 265. So, an owner who was being driven by a careful groom is not liable for injuries caused by an accident, where he left the whole care to his servant, and the horses ran away from being frightened by a dog. Holmes v. Mather, L. R. 10 Ex. 261; Sharrod v. London &c. R. R. Co. 4 Ex. 580.—Ed.]

(1) 4 Bac. Abridg. *Master and Servant*, K.; Ante, § 310. [So, if a person directs his servant to remove the snow and ice from the roof of his house, and through the negligence of the servant or of a stranger employed by him, or of a friend who volunteers to assist him, a passenger in the street is injured by the ice, the master is liable. Althrop v. Wolfe, 8 Smith (N. Y.), 355; and see Booth v. Mister, 7 C. & P. 66. And if parties occupying a store are so far the masters of a man sent by a coal-dealer to put in coal, that they can direct his actions or control the manner of delivery, then the laborer becomes their agent, and they, and not the coal-dealer, are liable for injuries caused by his negligence. Clapp v. Kemp, 122 Mass. 481. So, where the defendant's servant burned down a house leased by the defendant by lighting straw to cleanse the chimney. which smoked, the defendant was liable, though he cautioned the servant not to do it. McKenzie v. McLeod, 10 Bing. 385. And where the defendant occupied premises from which a lamp was suspended over the highway, which was worn out, and a man in his employ accidentally caught hold of the bracket on which the lamp hung, and the bracket fell and injured the plaintiff, the defendant was held liable on the ground that he knew the lamp was out of order and was bound to put it in order. Tarry v. Ashton, L. R. 1 Q. B. D. 314. So, if a man's servant wrongfully pile up his master's wood in the highway and thereby an injury is caused to a traveller, the master is responsible, although he was sick at the time and knew nothing of the fact. Harlow v. Humistoun, 6 Cowen, 189. And where the foreman of a stevedore, whose duty it was to superintend the carriage of some rails, on board a ship, after a carrier had unloaded them, was dissatisfied with the way in which the latter did his work, and got into the cart himself and threw out some rails so negligently that a person passing by was struck and injured, the stevedore was held to be

piece of cloth, and warrant it to be good, an action of deceit would lie against the master (1). So, if an agent should fraudulently sell false jewels, or should fraudulently deceive a third person, in the matter of his agency, the principal, even if not co-operating in the act, would be liable therefor (2).

CHAPITRE QUATRIÈME.

DES AVOCATS, PROCUREURS ET NOTAIRES.

1732. Les avocats, les procureurs, et les notaires

CHAPTER FOURTH.

OF ADVOCATES, ATTORNEYS AND NOTARIES.

1732. Advocates, attorneys and notaries are sub-

liable on the ground that the foreman was acting within the scope of his employment. Burns *v.* Poulsom, L. R. 8 C. P. 563. So, where de defendant hired a laborer for six weeks at weekly wages, and in that time the plaintiff, not knowing of such arrangement, employed the same laborer to do a job for him which was being done, when the defendant claimed and received of the plaintiff payment for the job, on the ground that the laborer's earnings during the six weeks belonged to him, the defendant was held responsible to the plaintiff for damages arising from the negligent manner in which the work—thatching wheat—was performed. Holmes *v.* Onion, 2 J. Scott, N. S. 790. But it seems that the form of the action against the master must be case, and not trespass. Yerger *v.* Warren, 31 Pa. St. 319; Railroad Co. *v.* Wilt, 4 Whart. 143; Smith's *Master and Servant*, 297; Parsons *v.* Winchell, 5 Cush. 592; Thames Steamboat Co. *v.* Housatonic R. R. Co., 24 Conn. 40. But see Phelps *v.* Wait, 30 N. Y. 78; Andrus *v.* Howard, 36 Vt. 248.—Ed.]

(1) 4 Bac. Abridg. *Master and Servant*, K.; Attorney-General *v.* Siddon, 1 Tyrwh. 41, 46, 47; § 452.

(2) Smith on Merc. Law, 70, 71 (2d ed.); Id. B. 1, ch. 5, § 3, pp. 127-130 (3d ed. 1843); Hern *v.* Nichols, 1 Salk. 289; Grammar *v.* Nixon, 6 Str. 653; Attorney-General *v.* Siddon, 1 Tyrwh. 41, 44, 48, 49; Crockford *v.* Winter, 1 Camp. 125. See also Randleson *v.* Murray, 8 Adolph. & Ellis, 109; s. c. 3 Nev. & Perry, 239; Ante, §§ 308, 311; Milligan *v.* Wedge, 12 Adolph. & Ellis, 737; Hughes *v.* Boyer, 9 Watts, 556; Story on Bailm. § 403 *a*; Quarman *v.* Burnett, 6 Mees. & Wels. 499; Rapson *v.* Cubitt, 9 Mees. & Wels. 710; Winterbottom *v.* Wright, 10 Mees. & Wels. 109, 111; § 452.

sont sujets aux règles générales contenues dans ce titre, en autant qu'elles peuvent s'uppliquer. La profession d'avocat et procureur est réglée par les dispositions contenues dans l'acte intitulé: *Acte concernant le barreau du Bas-Canada*, et celle des notaires par un acte intitulé: *Acte concernant le Notariat.*

ject to the general rules contained in this title, in so far as they can be made to apply. The profession of advocate and attorney is regulated by the provisions contained in an act intituled: *An Act respecting the Bar of Lower Canada*, and that of notary by an act intituled: *An Act respecting the Notarial Profession.*

Consultez Acte concernant le barreau, St. de Québec, 44 et 45 Vict. (1877), ch. 27 ; Acte concernant le notariat, St. de Québec, 46 Vict. (1883), ch. 32 ; 47 Vict., ch. 33 ; 48 Vict., ch. 35; Acte concernant la médecine, 42 et 43 Vict. (1879), ch. 37 ; 45 Vict., ch. 32; Acte concernant la pharmacie, 48 Vict. (1885), ch. 36 ; Acte concernant l'association des dentistes, 47 Vict. (1884), ch. 34.

1733. Les règles particulières relatives aux devoirs et aux droits des avocats et procureurs dans l'exercice de leurs fonctions auprès des tribunaux du Bas Canada, sont contenues dans le Code de Procédure Civile et dans les règles de pratique de ces tribunaux.

1733. The rules concerning the duties and rights of advocates and attorneys, in the exercise of their functions before the several courts of Lower Canada, are contained in the Code of Civil Procedure, and in the rules of practice of such courts respectively.

1734. Les règles de la prescription, en ce qui concerne les avocats et procureurs, et les notaires sont exposées dans l'article 2260.

1734. The rules of prescription relating to advocates, attorneys and notaries are contained in article 2260,

---

CHAPITRE CINQUIÈME.

DES COURTIERS, FACTEURS ET AUTRES AGENTS DE COMMERCE.

CHAPTER FIFTH.

OF BROKERS, FACTORS AND OTHER COMMERCIAL AGENTS.

1735. Le courtier est celui qui exerce le commerce ou la profession de négocier entre les parties les achats et ventes ou autres opérations licites.

Il peut être le mandataire des deux parties et par ses actes les obliger toutes deux relativement à l'affaire pour laquelle elles l'emploient.

1735. A broker is one who exercises the trade and calling of negotiating between parties the business of buying and selling or any other lawful transactions.

He may be the mandatary of both parties and bind both by his acts in the business for which he he is engaged by them.

---

* *C. L.* 2985. } Le proxenète ou entremetteur d'affaires est celui qui se charge de négocier une affaire entre deux parties, et qui par cette raison est considéré comme le mandataire de l'une et de l'autre.

---

* *C. Com. frs.*, 74. } La loi reconnoît, pour les actes de commerce, des agens intermédiaires ; savoir, les agens de change et les courtiers.

[ARTICLE 1735.]

* *ff. De proxenetis, liv.* 50, *tit.* 14, *L.* 3. } De proxenetico, quod et sordidum, solent præsides cognoscere : sic tamen, ut et in his modus esse debeat et quantitatis, et negotii, in quo operula ista defuncti sunt, et ministerium qualequale accommodaverunt. Facilius quod Græci ERMENEUTICON, id est, *interpretativum, seu in interpretis honorarium,* appellant, peti apud eos poterit : si quis fortè conditionis, vel amicitiæ, vel adsessuræ, vel cujus alterius hujusmodi proxeneta fuit. Sunt enim hujusmodi hominum, ut tam in magna civitate, officinæ. Est enim proxenetarum modus, qui emptionibus, venditionibus, commerciis, contractibus licitis, utiles non adeo improbabili more se exhibent (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Quoique les proxénètes fassent un métier sordide, il est d'ordinaire que les présidens des provinces connoissent des réclamations qu'ils font relativement aux salaires qui leur sont dus; de manière cependant que, dans ces cas, le président qui en connoît doit régler ces salaires d'après la qualité et l'importance de l'affaire qu'ils ont terminée. Comme les Grecs appellent cela salaires d'interprètes, ils pourroient être plus facilement demandés chez eux; si quelqu'un, par exemple, s'étoit entremis à l'effet de faire contracter des liaisons d'amitié entre deux personnes, ou un mariage, ou de trouver un assesseur à un juge ordinaire, ou pour toute autre chose de ce genre. Mais il n'y a que des hommes vils qui puissent faire des métiers de ce genre dans une grande ville. En effet le terme de proxénètes s'entend de ceux qui se rendent utiles et nécessaires, moyennant salaire, dans les achats, les ventes, les affaires de commerces et les contrats licites (ULPIANUS).

---

* 1 *Domat (Remy), liv.* 1, *tit.* 17 *in pr., et sec.* 1, *n°* 1. } On peut ajouter à toutes les différentes espèces de conventions une matière qui est comme un accessoire, c'est l'usage des proxenètes ou entremetteurs, qui font profession d'appro-

cher et assortir ceux qui, selon leur besoin, cherchent, l'un à vendre, l'autre à acheter, ou échanger, louer et faire d'autres commerces ou affaires de toute nature.

Cet usage des proxenètes est principalement nécessaire dans les ports et dans les villes de commerce, pour faciliter aux étrangers et à tous autres les commerces qu'ils ont à traiter, en les adressant aux personnes à qui ils doivent avoir affaire, expliquant les intentions des uns aux autres, servant de truchement, s'il en est besoin, et leur rendant les autres services de leur entremise ; et il y a même des officiers publics dont les fonctions sont de cette nature, comme les courtiers.

Cette matière est de ce lieu, non-seulement comme une suite des conventions, mais encore parce qu'elle renferme une espèce de convention qui se passe entre les entremetteurs et ceux qui les emploient, par laquelle ils règlent entre eux les conditions de l'usage et des suites de l'entreprise.

Sect. 1, n° 1. L'engagement d'un entremetteur est semblable à celui d'un procureur constitué, d'un commis, ou autre préposé, avec cette différence, que l'entremetteur étant employé par des personnes qui ménagent des intérêts opposés, il est comme commis de l'un et de l'autre pour négocier le commerce ou l'affaire dont il s'entremet. Ainsi, son engagement est double, et consiste à conserver envers toutes les parties la fidélité dans l'exécution de ce que chacun veut lui confier. Et son pouvoir n'est pas de traiter, mais d'expliquer les intentions de part et d'autre, et de négocier pour mettre ceux qui l'emploient en état de traiter eux-mêmes.

---

* *Story* (*Greenough*), *Agency*, § 28 *et s.* } § 28. Brokers. The true definition of a broker seems to be, that he is an agent, employed to make bargains and contracts between other persons, in matters of trade, commerce or navigation, for a compensation, commonly called broker-

age (1). Or, to use the brief but expressive language of an eminent judge, "A broker is one, who makes a bargain for another, and receives a commission for so doing" (2). Properly speaking, a broker is a mere negotiator between the other parties, and he never acts in his own name, but in the names of those who employ him (3). Where he is

(1) Com. Dig. *Merchant*, C Terms de la Ley, *Broker* ; Malyne, Lex Merc. 143; 1 Bell, Comm. 347, 385, 386 (4th ed.); Id. pp. 477, 478, 481, 483, (5th ed.); Wilkes *v.* Ellis, 2 H. Bl. 555; Jannen *v.* Green, 4 Burr. 2103; 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 622, note (*d*), (4th ed). Cowel, in his Interpreter, gives the etymology of the word from the French word Broceur, Tritor, a person who breaks into small pieces, as if to say, he is a dealer in small wares.

(2) In Pott *v.* Turner, 6 Bing. 702, 706, Lord Chief Justice Tindal said, "A broker is one who makes a bargain for another, and receives a commission for so doing; as, for instance, a stock-broker. But in common parlance one who receives payment of freights for the ship-owner, and negotiates for cargoes, is a broker." [But an agent who merely negotiates a personal contract for work and labor, is not a broker. The brokerage must relate to goods or money. Milford *v.* Hughes, 16 M. & W. 174. An agent into whose hands money is placed to be applied in a peculiar way has been lately held to be a broker, Cooke, *Ex parte*, *Re* Strachan, L. R. 4 Ch. Div. 123: and an officer of a company formed for the purpose of carrying on the business of stock-broking, who bought some stock for a customer, and signed bought-and-sold notes, is liable for a penalty for acting as a broker without a license, Scott *v.* Cousins, L. R. 4 C. P. 177. —Ed.]

(3) Baring *v.* Corrie, 2 B. & Ald. 137, 143, 148, 149. See also Kemble *v.* Atkins, 7 Taunt. 260; 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 622, note (*d*) (4th ed.); 1 Bell, Comm. pp. 346, 347, § 379 (4th ed.); Id. p. 385, § 409; Id. 477, 478, 481, 483 (5th. ed.) Domat has given a very full and exact description according to the sense of our law. "The engagement (says he) of a broker is like to that of a proxy, a factor, and other agent; but with this difference, that, the broker being employed by persons who have opposite interests to manage, he is, as it were, agent both for the one and the other, to negotiate the commerce and affair in which he concerns himself. Thus, his engagement is twofold, and consists is being faithful to all the parties, in the execution of what every one of them intrusts him with. And his power is not to treat, but to explain the intentions of both

employed to buy or to sell goods, he is not intrusted with the custody or possession of them, and is not authorized to buy or to sell them in his own name (1). He is strictly, therefore, a middle-man, or intermediate negotiator between the parties; and for some purposes (as for the purpose of signing a contract within the statute of frauds) he is treated as the agent of both parties (2). Hence, when he is employed to buy and sell goods, he is accustomed to give to the buyer a note of the sale, commonly called a sold note, and to the seller a like note, commonly called a bought note, in his own name, as agent of each, and thereby they are respectively bound, if he has not exceeded his authority (3). Hence also

parties, and to negotiate in such a manner, as to put those who employ him in a condition to treat together personally." 1 Domat, B. 1, tit. 17, § 1, art. 1. [A usage in the wool trade, that, when a broker is employed to buy wool, he may contract in his own name when the responsibility of his principal is objected to, without communicating the fact to his principal, was held a good usage in Cropper *v.* Cook, L. R. 3 C. P. 194. —G.].

(1) Baring *v.* Corrie, 2 B. & Ald. 137, 143, 148. As to his powers and duties, see post, §§ 107, 108. [But see Henry *v.* Phil. Warehouse Co., 81 Pa. St. 76.]

(2) Rucker *v.* Cammeyer, 1 Esp. 106; Hinde *v.* Whitehouse, 7 East, 558, 569; Kemple *v.* Atkins, 7 Taunt. 260; Henderson *v.* Barnwall, 1 Y. & Jerv. 387; Beal *v.* McKiernan, 6 Louis. 407; Post, § 107, 108; Hinckley *v.* Arey, 27 Me. 362.

(3) Ibid.; Hicks *v.* Hankin, 4 Esp. 114; Heyman *v.* Neale, 2 Camp. 337; Dickinson *v.* Lilwal, 1 Stark. 128; Gale *v.* Weis, 1 Carr. & Payne, 388; Cumming *v.* Roebuck, 1 Holt's N. P. 172; Grant *v.* Fletcher, 5 B. & Cressw. 436; Thornton *v.* Kemster, 5 Taunt. 786; 1 Bell, 347 (4th ed.); Id. pp. 477, 478 (5th ed.); Goom *v.* Aflalo, 6 B. & Cressw. 117. The name of both the buyer and the seller ought to appear upon the sale not given to the parties, though in practice the name of one party is sometimes omitted in the note given to him. Champion *v.* Plummer, 4 Bos. & Pull. 252; Picks *v.* Hankin, 4 Esp. 114, 115. I have given in the text the ordinary designation of the sale notes, as bought and sold notes. There is, however, some confusion in the books in the use of the terms, proba-

it is, that if a broker sells the goods of his principal in his own name (without some special authority so to do), inasmuch as he exceeds his proper authority, the principal will have the same rights and remedies against the purchaser, as if his name had been disclosed by the broker (1).

§ 29. A broker, being personally confided in, cannot ordinarily delegate his authority to a sub agent or clerk under him, or to any other person. His authority, therefore, to delegate it, if it exists at all, must arise from an express or an implied assent of the principal thereto (2).

bly arising from the words of the instrument itself. Thus, in Baring *v.* Corrie (2 B. & Ald. 144), Lord Chief Justice Abbott, speaking of the buyers in that case, says, " that they received a *sale* note, and were not required to sign a *bought* note." In the same case, Mr. Justice Bayley says, " that the brokers delivered to the plaintiffs (the sellers) a *sold* note, exactly in the proper form, supposing them to have sold in their character as brokers; and the delivered to the defendants (the buyers) a *bought* note, exactly suited to the case of their having sold as brokers, without disclosing the name of the seller." See the distinction in Trueman *v.* Loder, 11 Adolph & Ellis, 589; Higgins *v.* Senior, 8 Mees. & Wels. 834, 835. [In Heyman *v.* Neale, *supra*, it was held that the contract was really made by the entry in the broker's book, and that the bought-and-sold notes were only a copy of the entry. This decision has been supported by the case of Sievewright *v.* Archibald, 20 L. J. Q B. 529 But Abbott, C. J., in Thornton *v.* Meux, Moody & M. 43, held that the notes bound the parties and not the entry in the broker's book; and in Townend *v.* Drakeford, 1 C. & K. 20, Denman, J., held that where there was a material difference between the bought-and-sold notes, there was no contract; and it seems that this is so, unless it is shown that the entry in the broker's book was known to both parties. Thornton *v.* Charles, 9 M. & W. 802. And where two parties agreed upon the terms of a contract, and employed a broker to draw it out, who omitted one of the stipulations agreed upon: *held*, that the contract was not binding upon either. Pitts *v.* Beckett, 13 M. & W. 743.—Ed.]

(1) Baring *v.* Corrie, 2 B. & Ald. 137, 143-146; Saladin *v.* Mitchell, 45 Ill. 79.

(2) Henderson *v.* Barnwall, 1 Y. & Jerv. 387; Cochran *v.* Irlam, 2 M. & S. 301, note; Post. § 108.

§ 30. Brokers were a class of persons well known in the civil law under the description of *proxenetæ*. Their functions, among the Romans, were not unlike those which are performed by them among all modern commercial nations; for in all these nations, they are a known, if not a necessary, order of agents (1). "Sunt," says the Digest, "enim hujusmodi hominum, ut tam in magna civitate, officinæ. Est enim proxenetarum modus, qui emptionibus, venditionibus, commerciis, contractibus licitis utiles, non adeo improbabili more se exhibent" (2). They were entitled to charge a brokerage compensation; and were not treated as ordinarily incurring any personal liability by their intervention, unless there was some fraud on their part. "Proxenetica jure licito petuntur. Si proxeneta intervenit faciendi nominis, ut multi solent, videamus, an possit quasi mandator teneri? Et non puto teneri. Quia hic monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi laudet nomen" (3).

§ 31. It has been already suggested that, a broker is for some purposes treated as the agent of both parties. But primarily he is deemed merely the agent of the party by whom he is originally employed; and he becomes the agent of the other party only when the bargain or contract is definitively settled, as to its terms, between the principals; (4) for, as a middle-man, he is not intrusted to fix the terms, but merely to interpret (as it is sometimes phrased) between the principals (5). It would be a fraud in a broker to act for both

(1) See 1 Domat, B. 1, tit. 17, Introd. and § 1, art. 1; Goom *v.* Aflalo, 6 B. & Cressw. 117; Henderson *v.* Barnwall, 1 Y. & Jerv. 387, 393, 394; Beawes. Lex Merc. *Brokers*, Vol. 1, p. 464 (6th ed.).

(2) Dig. Lib. 50, tit. 14, l. 3; 1 Domat, B. 1, tit. 17, § 1, art. 1.

(3) Dig. Lib. 50, tit. 14, l. 1, 2; 1 Domat, B. 1, tit. 17, § 1, art. 2.

(4) Kirmits *v.* Surry, Paley on Agency, by Lloyd, 171, note (*p*); Henderson *v.* Barnwall, 1 Y. & Jerv. 387, 393, 399; Hinckley *v.* Arey, 27 Me. 362.

(5) Dig. Lib. 50, tit. 14, l. 1, 2; 1 Domat, B. 1, tit. 17, § 1, art. 1.

parties, concealing his agency for one from the other, in a case where he was intrusted by both with a discretion, as to buying and selling, and of course where his judgment was relied on. Thus, if A should employ a broker to sell goods for him for the highest price he could get, and his judgment should be confided in; aud B should at the same time employ the same broker to purchase the like goods at the lowest price, for which they could be obtained; it is plain, that, if this mutual agency were concealed, it might operate as a complete surprise upon the confidence of both parties, and would thus be a fraud upon them. Indeed, it would be utterly incompatible with the duties of the broker to act for both under such circumstances; since, for all real purposes, he would be both buyer and seller; and the law will not tolerate any man in becoming both buyer and seller, where the interests of third persons are concerned (1).

(1) See Wright v. Dannah, 2 Camp. 203; Fairbrother v. Simmons, 5 B. & Ald. 333. [But a broker who is employed by both parties in a negotiation for the exchange of real-estate, and both parties know that he is so employed, and agree to pay him his commissions, can recover them from both. Rowe v. Stevens, 53 N. Y. 621. And real-estate brokers, merely employed as middlemen to bring purchasers together to enable them to make their own bargain, are not agents to buy and sell, and may charge commissions to both parties. Siegel v. Gould, 7 Lans. 177; Fritz v. Finnerty, 14 Am. Law Rev. 598. But the general rule seems to be well established, that a broker who acts for both parties in effecting an exchange or sale of property can recover compensation from neither, unless his double employment was known and assented to by both. Rice v. Wood, 113 Mass. 133; Pugsley v. Murray, 4. E. D. Smith, 245; Scribner v. Collar, 40 Mich. 375; And evidence of a custom among brokers to charge commissions in such cases is incompetent. Raisin v. Clark, 41 Md. 158; Farnsworth v. Hemmer, 1 Allen, 494. In this case, Bigelow, C. J., said: "The principle on which rests the well-settled doctrine, that a man cannot become the purchaser of property for his own use and benefit which is intrusted to him to sell, is equally applicable when the same person, without the authority or consent of the parties interested, undertakes to act as the agent of both vendor and purchaser. The law does not allow a man to assume relations so essentially inconsistent and

[ARTICLE 1735.]

§ 32. There are various sorts of brokers now employed in

repugnant to each other. The duty of an agent for a vendor is to sell the property at the highest price; of the agent of the purchaser, to buy it for the lowest. These duties are so utterly irreconcilable and conflcting that they cannot be performed by the same person, without great danger that the rights of one principal will be sacrificed to promote the interests of the other, or that neither of them will enjoy the benefit of a discreet and faithful exercise of a trust reposed in the agent. As it cannot be supposed that a vendor and purchaser would employ the same person to act as their agent to buy and sell the same property, it is clear that it operates as a surprise on both parties, and is a breach of the trust and confidence intended to be reposed in the agent by them respectively, if his intent to act as agent of both in the same transaction is concealed from them. It is of the essence of his contrat that he will use his best skill and judgment to promote the interest of his employer. This he cannot do, where he acts for two persons whose interests are essentially adverse. He is therefore guilty of a breach of his contract. Nor is this all. He commits a fraud on his principals in undertaking, without their assent or knowledge, to act as their mutual agent, because he conceals from them an essential fact, intirely whithin his own knowledge, which he was bound in the exercise of good faith to disclose to them. Story on Agency, § 31; Copeland *v.* Mercantile Ins. Co., 6 Pick. 198, 204; Rupp *v.* Sampson, 16 Gray, 398.

"Such being the well-settled rule of law, it follows that the evidence offered by the plaintiff was inadmissible. A custom or usage, to be legal and valid, must be reasonable and consistent with good morals and sound policy, so that parties may be supposed to have made their contracts with reference to it. If such a usage is shown to exist, then it becomes the law by which the rights of the parties are to be regulated and governed. But the usage on which the plaintiff relied was wanting in these essential elements. It would be unreasonable, because, if established, it would operate to prevent the faithful fulfilment of the contract of agency. It would be contrary to good morals and sound policy, because it would tend to sanction an unwarrantable concealment of facts essential to a contract, and operate as a fraud on parties who had a right to rely on the confidence reposed in their agents." And see Walker *v.* Osgood, 98 Mass 348; Salomon *v.* Pender, 3 H. & C. 639; Kerfoot *v.* Hyman, 52 Ill. 512; Parker *v.* Vose, 45 Me. 54; Mollett *v.* Robinson, L. R. 5 C. P. 646, 655; Everhart *v.* Searle, 71 Penn. St. 256; Carman *v.* Beach, 63 N. Y. 97.—Ed.]

commercial affairs, whose transactions form or may form a distinct and independent business. Thus, for example, there are exchange and money brokers, stock brokers, ship brokers, merchandise brokers, and insurance brokers, who are respectively employed in buying and selling bills of exchange, or promissory notes, or goods, or stocks, or ships and cargoes; or in procuring insurance and settling losses, or in procuring freights or charter-parties (1).

§ 32 *a.* The character of a broker is also sometimes combined in the same person with that of a factor (2). In such cases we should carefully distinguish between his acts in the one character and in the other; as the same rules do not always precisely apply to each. There is nothing in our law to prevent a broker from becoming also a factor in the same transaction, if he chooses to undertake the mixed character. It is not commonly the duty of a broker, unless there are words importing that he is to perform such a duty to see to the delivery of the goods on the payment of the price. But it may be the duty of a broker, under the employment he has undertaken, to see to the delivery of the goods and the payment of the price (3).

---

* *Smith* (*Dowdeswell*), *Merc. Law*, *p.* 504-5. } A *broker* also is generally the agent of both parties within the section. The usual and proper mode in which he binds his principals inter se is by making an entry of the contract in his book, which he signs as their common agent, and he sen .s the bought and sold notes (which ought to be copies of this entry) to them for their information, the bought note being

(1) See Beawes, Lex Merc. Vol. 1, pp. 465-467 (6th ed.); 1 Bell. Comm. 385, 386 (4th ed.); Id. pp. 477, 478, 481, 483 (5th ed.); Maleyne, Lex Merc. 85, 91.

(2) 1 Bell, Comm B. 3, Pt. 1, ch. 4, art. 409, p. 386 (4th ed.); Id. pp. 477, 478 (5th ed.)

(3) Brown *v.* Boorman, 11 Clarke & Fin. 1-44.

sent to the buyer and the sold note to the seller. It has been held, and the better opinion seems to be, that, in the absence of any custom to the contrary, the entry thus made in his book is the original contract, and the bought and sold notes are merely copies of it, though this doctrine was at one time thought to be overruled. Still the notes seem to be the proper evidence of the bargain, provided always, that they correspond with each other. If there be no bought and sold notes, or if they be not signed, or if those notes materially differ from each other, the original signed entry must be resorted to, and will bind the parties. But if the notes correspond with each other, yet vary from the entry, it may be a question, in the absence of any custom by which they are regarded as the contrat, whether the parties by accepting and acquiescing in them have not ratified the bargain they express and adopted it in lieu of the original.

If there be no entry signed by the broker, it seems the bought and sold notes constitute the contract, and it has been held that if they do not correspond, the intended contract will not be effected, and that if they be altered in any material point without the consent of the party sought to be charged, it will, as against him, be avoided. But a mistake in both notes as to the seller's name was considered not to vitiate the contract, if it were not shown that any one was prejudiced thereby; and it has been held that a vendee was bound by a note signed by him and delivered to the vendor by the broker, though containing a provision not to be found in the note sent to the vendee.

Where the vendee desired the vendor's agent to enter a note of the contract in the vendor's book, it was held that did not authorise him to bind the vendee by his *signature* to such entry so as to satisfy the statute.

---

* 1 *Bell, Com.*, *p.* 476-478. } In the civil law, MANDATE was a different contract from that by which, in modern practice, one appoints another to act as his representative,

agent, or factor, in conducting his mercantile transactions; in buying or in selling goods; in sailing or in freighting ships; in effecting insurances; or doing any other mercantile act in which the ministry of another is required. The one was a gratuitous, the other is an onerous contract. And as the effects of this difference on the rights and obligations of the parties are important, it is material to observe, that the Roman jurisprudence relative to mandate, in questions arising between a merchant and his agent, is not on all occasions to be held as applicable in the decision of Scottish casses.

This is one of the contracts, in the application of which to the intercourse of life the different condition of ancient and of modern Europe is most apparent. In Rome, commerce and its relations and facilities were discouraged, or not regarded with favour: In the world as now constituted, they form the very object, and supply one of the ruling principles, of the jurisprudence of contracts. Instead of the amicable and gratuitous MANDATE, there has been introduced the onerous contract of agency or factory, the relation of principal and agent; imposing duties more imperative; entitling the principal to more entire reliance on the performance of his orders; and raising, with third parties, relations of great extent and importance in trade. Instead of SOCIETY, an arrangement merely for the joint management of a common subject, the important contract of PARTNERSHIP has brought into combined operation, for the extension of modern commerce, the skill, the industry, and the capital of many associated persons. The contract of INSURANCE may be said to be entirely modern, by which trading enterprise is so much encouraged and sustained; and the very circulating medium of a mercantile age, PAPER MONEY, in its various forms of bills, and notes, and bank-checks, was utterly unknown in the ancient world.

In mercantile agency there is a vast variety of forms in which the authority of a principal is in daily practice delegated to others. Besides the occasional authority by PROCURA-

TORY, or PROCURATION, to accept or draw bills of exchange, the charge given to a clerk to manage a store or shop, which is called INSTITORIAL power, the extensive trust given to a shipmaster, called EXERCITORIAL power, the powers of FACTORS, AGENTS, BROKERS, are all included under this contract.

1. A FACTOR is distinguished from a merchant in this, that a merchant buys and sells for his own direct mercantile profit; a factor only buys or sells on commission. Again, a factor is distinguished from a broker, by being intrusted with the possession and apparent ownership, as well as with the management and disposal of the property of the principal, He is distinguished from an agent, in his authority being extended to the management of all the principal's affairs in the place where he resides, or in a particular department. He is distinguished from an institor, in being, in point of law, a person separate from his principal; whereas an institor (at least where that term is confined to shopkeepers and clerks) is assimilated, in all respects, to his master, so far as relates to his transactions in that character. A factor is generally the correspondent of a foreign house, or of a merchant or manufacturer at a distance from the place of sale; and he usually sells in his own name, without disclosing that of his principal, and has an implied authority so to do. He receives consignments on the one hand, and makes sales and remittances in return; proceedings for a considerable course of time, and balancing, at regular intervals, his accounts with his principal; and in general he gives a del credere guarantee, and has a commission for it. Sometimes he makes large advances on goods consigned to him while the sales of those goods are either made in his own name; or bills are drawn by his principal on the buyers, payable to the factor; or the bills are drawn by the principal, and sent to the factor to procure acceptance, with blank indorsations. The goods intrusted to a factor or agent, or the price of them, are impledged for his advances, and liable to retention for the general balance.

[ARTICLE 1735.]

2. An AGENT is one intrusted with the accomplishment of a particular act or course of dealing: As, the riding agent of a manufacturing house for taking commissions; or a super-cargo, sent out with goods to sell or dispose of them; or one appointed specially to manage the sale of a cargo, the purchase of a commodity, or the effecting of an insurance. His powers within the range of the thing committed to him, unless where expressly limited, are similar to those of a factor.

These are, strictly speaking, the true descriptions of agent and factor, as contradistinguished: But the names are generally confounded in common speech; factors being included under the name of agents.

3. BROKERS are employed merely in the negociations of contracts relative to property, with the custody of which they have no concern. Having no property intrusted to him, the broker ought not to sell in his own name; he has no authority for it; and his principal is entitled to rely on his not doing so. The broker makes it his business to find out the buyers and sellers of commodities; to cultivate that sort of information which may best enable him to bring the buyer and the seller together; or the merchant and the insurer; or the bill-holder and him who is willing to buy bills. In this country, brokers are neither incorporated nor entered by any public authority. Their profession is private; and their success dependent on their integrity, intelligence, and skill. They take their distinguishing appellation from the particular object to which they attach themselves, as insurance-broker; stock-broker; bill-broker, &c. They are paid by an allowance or commission, called Brokerage.

Sometimes agents or factors act as the ostensible vendors of property belonging to merchants resident in the same place, having warehouses and places fit for exhibiting the goods for sale.

Sometimes they act as factors both for buyer and seller, the sale being perfected, and the delivery transferred, by delivery of the bills for the price, and an entry in the factor's

books to the debit of the one party and the credit of the other.

The character of factor and broker is frequently combined; the broker having possession of what he is employed to sell, or being empowered to obtain possession of what he is employed to purchase. But, properly speaking, in these cases he is a factor.

The power of a factor, or agent, or broker, is conferred, either, *first*, In writing; formally by power of attorney, or more loosely in correspondence: Or, *secondly*, By parole agreement: Or, *thirdly*, By mere employment.

If the powers are special, they form the limits of the authority: If general, they will be more liberally construed, according to the necessities of the occasion, and the material, or ordinary, or reasonable course of the transaction and usage of trade.

1. In the management of the affairs of a foreign merchant, especially where there is occasion to discharge debts, and receive money, or to carry on judicial proceedings, a power of attorney is the proper evidence of authority. It empowers the factor to represent the principal, and act as he might have done if present.

2. But agents, or factors, or brokers, are generally appointed in mercantile affairs by letter. So, a confidential clerk is authorized to accept or indorse bills by a letter addressed to him. It is expressed in the simplest terms, and without either technical words, or the solemnities of a formal deed; the powers varying with the circumstances and intentions of the parties. The most extensive powers are sometimes thus conferred on a son, or a confidential clerk, and the mandate runs in some such form as this: 'With 'power to manage his trade and business in general, to ac- 'cept bills, make promissory-notes, indorse and discharge 'bills and notes, grant bills for money, subscribe policies, 'and every other thing to do relative to the granter's trade 'and business.' So, in the course of correspondence, goods

are consigned from abroad, with directions to the consignee to sell them, and either to apply the proceeds in a particular way, or to place them to account: Or merchants or manufacturers, with an accumulation of goods on hand, place them with another, (ex. gr. a general agent or another merchant), who agrees to manage the sales, and to advance a certain proportion to be reimbursed out of the sales: Or one is desired to buy goods for another, and either intrusted with credit or money for that purpose, or left to make the purchases as he can, on his own or the principal's general credit: Or goods are sent to the warehouse of a general agent, with particular directions as to their disposal; or to be sold at the ordinary rate of the market.

---

* 1 *Low. C. Jur.*, *Syme vs. Heward*, *p.* 19. } Where a broker, in both bought and sold notes, assumes to be the mutual agent of the parties interested, the mere fact of his being a broker will raise no legal presumption of his being such mutual agent; and in the absence of sufficient evidence of his being authorized by both parties to sign bought and sold notes, they will constitute a valid memorandum in writing within the statute of frauds.

---

* 8 *Low. C. Jur.*, *Tourville v. Essex*, *p.* 314. } Dans les ventes faites par des courtiers, il leur est nécessaire de donner un avis écrit, *bought and sold notes*, tant au vendeur qu'à l'acheteur, de la transaction qu'ils ont effectuée pour en établir la validité en loi.

1736. Un facteur ou marchand à commission, est un agent employé à

1736. A factor or commission-merchant is an agent who is employed to

acheter ou à vendre des marchandises pour un autre, soit en son propre nom ou au nom du principal, de qui il reçoit une rétribution communément appelée *commission*.

buy or sell goods for another, either in his own name or in the name of his principal, for which he receives a compensation commonly called a commission.

---

* 3 *Chitty*, *Com. Law*, *ch.* 3, *p.* 193-4 *et p.* 201-3. } It is a general rule of law, that where a man has power, as owner or principal, to do a thing on his own account, he may transact and complete it by the intervention of an agent, *qui facit per alium facit per se.* In the present chapter it is proposed to consider the law respecting the relations of principal and agent, which will embrace the important points relating to factors and brokers; and in this investigation, after considering the different sorts and degrees of agencies, and who is competent to act for another, we shall examine the modes in which an agent may be appointed; then the distinction between general and special agencies; next, the nature and extent of an agent's authority; afterwards the right and liability of principal and agent with respect to third persons, and as between each other; and lastly, the modes in which the power of an agent may be determined.

An agent is one employed to act in the place of another, either for a general, or special, or limited purpose. The agents usually employed in mercantile transactions are factors or brokers. A *factor* is a party to whom goods are consigned for sale by a merchant, or other party, residing abroad, or at a distance from the place of sale, and he usually sells the goods in his own name. A *broker* is not intrusted with the possession of the goods, but is merely employed in making contracts relative either to the purchase or sale of the goods, and usually discloses the name of his principal. A *foreign factor* is a person who resides in one country, with an au-

thority from a principal residing in another; a *home* factor is a person residing in the same country with the principal from whom he derives his authority. A factor is usually paid for his trouble by a commission of so much per cent. on the goods he sells or buys; but sometimes, in sales, he acts under what is called a *del credere* commission, in which case, for an additional premium beyond the usual commission, he undertakes and becomes answerable for the credit of the person to whom he sells the goods consigned to him by his principal. *Del credere* is an Italian mercantile phrase which has the same signification as the Scotch word *warrandice*, or the English word guarantee. As a *del credere* commission indemnifies the principal against the losses which may happen from the *sales* negociated by his agent, so there is also a species of contract indemnifying the principal against any loss which may happen in consequence of his agent's purchases, through a failure on the resale.

P. 201.—Having taken this general view of the modes in which agents may be appointed, and the nature of the different degrees of authority with which they may be invested, we will now proceed to take a more particular view of the most important decisions relating to the rights and *liabilities* of the principal or employer, and to the rights and liabilities of the agent himself; *first*, with respect to third persons, and *secondly*, as between each other. In general, all contracts entered into by a party, through the intervention of an agent properly authorized, may be taken advantage of by him; though in point of law the principal and his agent are considered as one and the same person, yet the principal is the person who should be regarded in the entering into and execution of such contracts. Thus a sale by a factor creates a contract between the owner and buyer, and this rule holds even in cases where the factor acts upon a *del credere* commission. Hence if a factor sells goods, and the owner gives notice to the buyer to pay the price to him, and not to the factor, the buyer will not be justified in afterwards

paying the factor, and the owner may bring his action against the buyer for the price, unless indeed the factor has a lien thereon ; and though an agent departs from his authority, so as to discharge the principal, or the agent does not disclose his principal's name, yet the latter may in general adopt the contract, and sue for any breach of it ; but there must in all cases exist an authority which must be collected from the nature and circumstances of the case under which the contract was entered into. Contracts indeed, made for the benefit of another, though without his actual privity or direction, may be rejected or affirmed at his election, but some degree of agency, however trifling, must always exist. By making the election, he adopts the agent's contract, and will be liable. We have just seen that even under a *del credere* commission, the buyer is not justifiable in paying the price to the factor, if he has had notice from the principal not to do so. But in cases where the buyer at the time of the sale knows nothing of the relation between the factor with whom he deals, and the principal by whom that factor is employed, the buyer will be protected by the law, in case of misadventures occurring by the default of the factor ; and therefore, where a factor acting under a *del credere*, or the usual commission, sells goods as his own, and the buyer does not know that any principal exists, the buyer will be permitted, in an action brought against him, to set off a debt due to him from the factor ; and indeed it is much more just, that where two persons equally innocent are prejudiced by the deceit of a third, the person who has put the trust and confidence in the deceiver should be the loser. But this rule does not hold in the case of a broker employed under the usual commission, on the ground of the difference between the characters of factor and broker, for in general the principal by his conduct allows the factor to hold himself out to the world as the owner of the goods, by suffering him to have them in his possession, and the principal must take the consequences of the factor's misconduct in the sale. But

a broker is not trusted with the possession of the goods, and in general nothing is given him by the principal, whereby he can appear as the owner thereof, or have a right to sell them in his own name; and therefore, where such broker sells goods without disclosing the name of his principal, he acts beyond the scope of his authority, and the vendee reposes more confidence in him that he ought to do, and therefore the buyer cannot set off a debt due from the broker to him against the demand for goods made by the principal; and if an agent do not disclose the name of his principal, and some prejudice arises to the buyer in consequence of such concealment, the principal cannot sue. It should be here observed, that where the principal resides abroad, he is presumed to be ignorant of the party with whom his factor deals, and therefore the whole credit is considered as subsisting between the contracting parties.

The risk which a principal thus runs, through the inadvertence or misconduct of his agent, may be avoided by the purchaser's having notice, at any time before the completion of the purchase or delivery of the goods, of the agent's commission, and no custom it seems can be set up to contravene the effect of this notice. The fact of the buyer's having such notice must necessarily depend upon the circumstances of the case, and it may be collected from small matters. It has been held that the mere general knowledge of the seller being a factor is not sufficient to deprive the buyer of the privilege of set off, without express knowledge before the contract was completed that he acts as agent in that particular instance, because a man who is in the habit of selling for others may nevertheless sell his own goods. Circumstances which shew collusion between the factor and buyer, as the insolvency of the factor known to the buyer, would be *prima facie* evidence of notice.

[ARTICLE 1736.]

* *Story* (*Greenough*), *On agency*, § 33 *et s.* } § 33. Factors. A factor is commonly said to be an agent employed to sell goods or marchandise, consigned or delivered to him by or for his principal, for a compensation, commonly called factorage or commission (1). Hence he is often called a commission-merchant or consignee; the goods received by him for sale are called a consignment; (2) and when, for an

(1) Com. Dig. *Merchant*, B.: Mal. Lex Merc. 81; Beawes, Lex Merc. *Factors*, Vol. 1, p. 44 (6th ed.); 3 Chitty on Com. & Manuf. 193; 1 Domat, B. 1, tit. 17, Introd.; 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 622, note (*d*), (4th. ed.); 1 Bell, Comm. 385, §§ 408, 409 (4th ed.); Id. pp. 477, 478 (5th ed.); Post, §§ 110-114. In Baring *v.* Corrie, 2 B. & Ald. 143, Lord Chief Justice Abbott defines a factor thus: "A factor is a person, to whom goods are consigned for sale, by a merchant residing abroad, or at a distance from the place of sale." This is a correct definition, as to some sorts of factors. But a factor may be to buy, as well as to sell; and he may reside in the same place with his principal as well as at a distance. 1 Bell, Comm. 385, § 409; Id. 386, § 410 (4th ed.; Id. pp. 477, 478 (5th ed.) [In Whitfield *v.* Brand, 16 M. & W. 282. Pollock, C. B., says: "As soon as it appears to be a branch of a person's business to sell the goods of others on commission, that establishes him to be a factor." And the distinction between a *del credere* agent and a vendee is well defined by Mellish, J., in the case of *Ex parte* White, *Re* Nevill, L. R. 6 Ch. 397. He says, "A consignee who is at liberty to sell at any price he likes and receive payment at any time he likes, but is bound, if he sells the goods, to pay consignor for them at a fixed price and time, is not a *del credere* agent." But the mere fact that advances have been made by a factor does not have the effect of altering the revocable nature of his authority. De Comas *v.* Prost, 3 Moo. P. C. n. s. 158. The American law seems to be somewhat different however, and it has been held that the principal, after advances have been made by the factor, cannot control or suspend his right of sale, except so far as concerns the surplus of the goods above the amount required to reimburse the factor for the advances. Bell *v.* Hannah, 3 Bax. (Tenn.) 47; Mooney *v.* Musser, 45 Ind. 115; Howard *v.* Smith, 56 Mo. 314; Nelson *v.* Chicago R. R. Co., 2 Ill. App. 180.—Ed.]

(2) 1 Bell, Comm. 212; Id. 385, §§ 408, 459; Id. 386, § 410; Id. pp 477, 478 (5th ed.) The description here given of a factor answers precisely to that of a commission merchant or consignee for sale. But it has been well observed, that there are different sorts of consignees; some have a

additional compensation in case of sale, he undertakes to guarantee to his principal the payment of the debt due by the buyer, he is said to receive a *del credere* commission (1). The phrase *del credere* is borrowed from the Italian language, in which its signification is exactly equivalent to our word, guaranty, or warranty (2). A factor is called a home factor, when he resides in the same state or country with his principal; and he is called a foreign factor, when he resides in a different state or country (3). Sometimes, in voyages abroad, an agent accompanies the cargo, to whom it is consigned for sale; and who is to purchase a return cargo out of the proceeds. In such cases the agent is properly a factor, and is usually called a supercargo (4). A factor may now

power to sell, manage, and dispose of the property, subject only to the rights of the consignor. Others have a mere naked right to take possession. Per Lord Eldon, in Lucena *v.* Crawford, 4 Bos. & Pull 324; De Forest *v.* Fulton Ins. Co., 1 Hall, Rep. 84; Post, §§ 112, 215, 328.

(1) 3 Chitty on Com. & Manuf. 193, 194; Grove *v.* Dubois, 1 T. R. 112; 1 Bell, Comm. 289, § 313; Id. 397, § 411 (4th ed.); Id. pp. 477, 478 (5th ed.); Morris *v.* Cleasby, 4 M. & Selw. 576. It was laid down in Grove *v.* Dubois, 1 T. R. 112, 113, that a commission del credere amounts to an absolute engagement to the principal from the factor, and makes him liable in the first instance. But the doctrine of that case on this point seems incorrect. A factor, with a del credere commission, is liable to the principal, if the buyer fails to pay, or is incapable of paying. But he is not primarily the debtor. On the contrary, the principal may sue the buyer in his own name, notwithstanding the del credere commission; so that the latter amounts to no more than a guaranty. See Gale *v.* Comber, 7 Taunt. 558; Peele *v.* Northcote, 7 Taunt 478; Morris *v.* Cleasby, 4 M. & Selw. 566, 574, 575; Thompson *v.* Perkins, 3 Mason, 232. 2 Kent, Comm. Lect. 41, pp. 624, 625, note (*e*), (4th ed.); Holbrook *v.* Wight, 24 Wend. 169.

(2) Ibid.

(3) 3 Chitty on Com. & Manuf. 193, 194; 1 Beawes, Lex Merc. 44 (6th ed.); 1 Bell, Comm. 385, 386, § 408, 409 (4th ed.); Id. pp. 475, 478 (5th ed.); Ersk. Inst. B. 3, tit. 3, § 34.

(4) 1 Beawes, Lex Merc. 44, 47 (6th ed.); 1 Bell, Comm. 385 (4th ed.); Id. pp 477, 478 (5th ed); 1 Domat, B. 1, tit. 16, § 3, art. 2. Beawes gives

ordinarily sell goods on credit, in all cases where there is no usage to the contrary (1).

§ 34. A factor differs from a broker in some important particulars. A factor may buy and sell in his own name, as well as in the name of his principal. A broker (as we have seen) is always bound to buy and sell in the name of his principal (2). A factor is intrusted with the possession, management, control, and disposal of the goods, to be bought or sold, and has a special property in them, and a lien on them (3). A broker, on the contrary, usually has no such possession, management, control, or disposal of the goods, and consequently has no such special property or lien (4).

the following description of them : "Supercargoes are persons employed by commercial companies, or private merchants, to take charge of the cargoes they export to foreign countries, to sell them there to the best advantage, and to purchase proper commodities to relade the ships on their return home. For this reason, supercargoes generally go out and return home with the ships on board of which they were embarked, and therein differ from factors, who reside abroad, at the settlements of the public companies, for whom they act." 1 Beawes, Lex Merc. 47 (6th ed.)

(1) Post, §§ 60, 110, 209.

(2) Ante, § 28, 31 ; Baring *v.* Corrie, 2 B. & Ald. 143, 147, 148 ; 3 Chitty on Com. & Manuf. 193 ; Id. 210, 211, 241 ; I Bell, Comm. 212 ; Id. 385, 386, § 408-410 (4th ed.) ; Id. pp. 455, 478 (5th ed.) ; 3 Kent, Comm. Lect. 41, p. 622, note (*d*), (4th ed.) ; 1 Domat, B. 1, tit. 17, § 1, art. 1.

(3) Post, § 111, 112, 374 ; Holbrook *v.* Wight, 24 Wend. 169 ; Bryce *v.* Brooks, 26 Wend. 367 ; Post, § 384 ; Jordan *v.* James, 5 Hamm. (Ohio) 99 ; Marfield *v.* Douglass, 1 Sandford, Sup. Ct. 360.

(4) Ibid. ; 1 Bell, Comm. 385, 386, §§ 408-410 (4th ed. ; Id. pp. 477, 478 (5th ed.) When a broker is intrusted with negotiable securities, indorsed in blank, for sale, he becomes rather a factor than a broker ; for he is then intrusted with the disposal and control of them, and may, by his negotiation of them, pass a good title to them. Indeed, in practical business, the two characters are often confounded. and a broker is often a factor and a merchant, as well as a general agent. Pickering *v.* Busk, 15 East, 38, 43 ; Ante, §§ 32, 33, note 4. When a broker becomes possessed of the thing, about which he is employed, he acquires equally

[ARTICLE 1736.]

§ 34 *a.* A factor has not, any more than a broker, a power to delegate his authority to another person, unless it is conferred by the usages of trade, or by the assent of his principal, express or implied. And this also was a rule adopted to some extent, in the civil law, in relation to some classes of agents, such as clerks in warehouses and shops (*institores*); for although the master of a ship was permitted, for the

with a factor a lien for his commissions; as, for example, an insurance broker, having possession of a policy. 3 Chitty on Com. & Manuf. 210, 211, 541; Blunt, Commercial Dig. ch. 15, p. 230. Mr. Bell has remarked, that "Sometimes agents or factors act as the ostensible vendors of property belonging to merchants residents in the same place, having warehouses and places fit for exhibiting the goods for sale. Sometimes they act as factors both for buyer and seller; the sale being perfected, and the delivery transferred, hy delivery of the bills for the price, and an entry in the factor's books to the debit of the one party and the credit of the other. The character of factor and broker is frequently combined; the broker having possession of what he is employed to sell, or being empowered to obtain possession of what he is employed to purchase. Properly speaking, in these cases, he is a factor." 1 Bell, Comm. 386, § 409 (4th ed.); Id. p. 478 (5th ed.). [Thus, where a broker has obtained a loan for his principal, and holds certain chattels as security therefor, he cannot appropriate the proceeds of said chattels to the payment of a debt due to him by the principal, James's Appeal, 89 Pa. St. 54: nor retain the freight under a charter-party for the same purpose, Walshe *v.* Provan, 8 Exch. 843. But where a stock broker agrees to purchase and carry stock for his customer upon a margin, he can sell the stock and reimburse himself, unless the margin is kept good, upon notice. White *v.* Smith, 54 N. Y. 522; Baker *v.* Drake, 66 N. Y. 518; Corbett *v.* Underwood, 83 Ill. 324. And where bonds were deposited with bankers, who fraudulently deposited them with brokers to raise money on them, *held*, that the brokers had a lien upon them for all the money advanced by them to the bankers, and not merely for advances on these particular bounds. Jones *v.* Peppercorne, 28 L. J. Ch. 153. And where merchants imported a cargo of sugar, which was sold by brokers who retained out of the proceeds which passed through their hands their entire debt against the merchants, and the merchants failed, it was held in a suit by their assinee that the brokers could only retain their brokerage in this special sale, and had no general lien. Barry *v.* Boninger, 46 Md. 59.—Ed.]

benefit of trade, to substitute another person as master, the same rule did not apply to mere institorial agents (1). " Quippe res patitur, ut de conditione quis institoris dispiciat, et sic contrahat. In navis magistro non ita, nam interdum locus, tempus, non patitur plenius deliberandi consilium " (2).

Voy. *Erskine*, cité sur art. 1712.

---

* 2 *Pardessus*, *Dr. Com.*, p. 487-490. } 563. Il est facile de reconnaître, par ce qui précède, en quoi la commission diffère des procurations, prépositions et gestions d'affaires.

La véritable importance de cette distinction concerne les tiers. A leur égard, le commissionnaire est toujours considéré comme agissant en son propre nom, de telle manière que les tiers n'acquièrent point d'action directe contre le commettant, lors même qu'ils parviendraient à découvrir son nom ; sauf à exercer, s'il y a lieu, de la manière et dans les cas prévus n. 190, les drois du commissionnaire contre son commettant. Il s'ensuit que le commissionnaire n'est jamais tenu de faire

(1) Ante, § 13 ; Catlin *v.* Ball, 4 Camp. 183 ; Bromley *v.* Coxwell, 2 Bos. & Pull. 438 ; Cochran *v.* Irlam, 2 M. & Selw. 301, n. ; Soley *v.* Rathbone, 2 M. & Selw. 298 a ; Dig. Lib. 14, tit. 1, l. 1 ; Pothier, Pand. Lib. 14, tit 1, n. 2, 3 ; 1 Domat, B. 1, tit. 16, § 3, art. 3. Domat, after stating the right of the master to delegate his authority, adds, as his interpretation of the text of the Digest : " But this rule is not to be extended indifferently to factors and others, set over any commerce or business at land, where the necessity of treating with them is not the same, and where it is easier to learn who is the person employed as factor, and how far his power extends." 1 Domat, B. 1, tit. 16, § 3, art. 3, Strahan's translation. In the civil law, the word institor was sometimes used for agent generally. Cuicunque igitur negotio præpositus sit Institor recte appellabitur. Dig. Lib. 14, tit. 3, l. 5, Prelim. ; Pothier, Pand. Lib. 14, tit. 3, n 5 ; Post, § 110.

(2) Dig. Lib. 14, tit. 1, l. 1, Prelim.

connaître pour qui il a négocié ; et même, dans les cas où la loi exige qu'il indique si, ou non, il agit en qualité de commissionnaire, il n'est pas tenu de déclarer autre chose que cette qualité, sans exprimer le nom de son commettant.

Toutefois, comme rien ne fait obstacle à ce qu'un commerçant, au lieu d'opérer par l'entremise d'un commissionnaire, opère par l'entremise d'un simple mandataire, si le commettant avait pris verbalement, ou par écrit, des engagemens envers un tiers, de manière que ce dernier eut été légitimement fondé à considérer ce commettant comme son obligé direct, celui-ci ne serait plus admis à invoquer les principes purs de la commission. A l'inverse, celui qui a traité avec une personne pour le compte d'autrui, serait admis à prouver que cette personne a entendu ne le considérer que comme un mandataire, et non comme un commissionnaire. Dans l'un ou l'autre cas, tout dépendrait des circonstances dont l'appréciation appartiendrait aux tribunaux.

Mais, sous tous les autres rapports, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de régler les droits et les obligations respectifs du commissionnaire et du commettant, les principes qui règlent ceux du mandant et du mandataire, que nous avons expliqués dans le chapitre premier, reçoivent leur application, sous les seules modifications que commande la nature des choses. Ainsi, lorsque le commissionnaire a acquitté un engagement, par suite d'opérations faites, de l'ordre ou pour le compte d'un commettant, il acquiert, outre son action contre ce dernier, la subrogation légale dont les effets ont été expliqués n. 219. Nous en donnerons quelques exemples en traitant de la revendication dans les faillites.

564. Dans la règle, les rapports du commissionnaire avec son commettant, n'étant pas autres que ceux du mandataire, que nous avons expliqués n. 558 et suiv., il ne doit point garantir ce dernier, des suites de la négociation, lorsqu'il l'a faite dans les limites de ses instructions. Mais il peut se charger de cette garantie ; et cette stipulation se déduit de la ma-

nière dont les droits de commission ont été réglés. Du reste, il n'est pas besoin de dire que si, pour exécuter sa commission, il a besoin d'employer des préposés ou des intermédiaires, il répond de leurs fautes, à moins que ces intermédiaires ne lui eussent été prescrits nominativement par le commettant.

Il y a deux modes admis à cet effet dans le commerce : l'un est appelé *du croire*, et l'autre *simple* commission. Lorsque le commissionnaire perçoit uu *du croire*, il répond des débiteurs, et par conséquent, s'il reçoit, en payement, des effets négociables, créés ou endossés par celui avec qui il traite, il doit en garantir le payement à son commettant par un endossement ou aval. Cette rétribution est ordinairement double de l'autre. Lorsqu'il reçoit une *simple* commission, il ne répond pas des personnes avec qui il traite, pourvu qu'il n'y ait, ni tort, ni faute, ni imprudence de sa part, même quand il a accordé des termes, si cela ne lui était pas interdit. L'usage des lieux peut seul déterminer quelle est celle des deux responsabilités que le commissionnaire doit supporter, lorsque, pour éviter la plus rigoureuse, il prétend n'avoir entendu exiger qu'une commission simple.

Il ne faut pas en conclure, toutefois, que le commissionnaire soit dispensé de rendre compte à son commettant, ni qu'il puisse, sans être coupable d'infidélité, exiger, de lui, plus qu'il n'a déboursé, ou lui compter moins qu'il n'a reçu. Mais la nature des affaires, et l'usage des lieux, peuvent le dispenser de faire connaître les personnes avec qui il a négocié, lorsqu'il répond de leur solvabilité. Un commettant de mauvaise foi pourrait abuser de cette espèce de renseignements, et faire, dans la suite, des offres directes de services aux correspondants de son commissionnaire, qu'il aurait connus par ce moyen.

1737. Les courtiers et les facteurs sont assujettis aux règles générales énon-

1737. Brokers and factors are subjcet to the general rules declared in

cées dans ce titre, lorsqu'elles ne sont pas incompatibles avec les articles de ce chapitre.

this title, when these are not inconsistent with the articles of this chapter.

---

* 1 *Bell, Comm.*, *p.* 482. } In all those cases in which there is not a general authority implied, as in the case of institors, and others already treated of, the extent of a factor's authority and his powers are to be gathered from the mandate under which he acts.

1. If the mandate be general, it is to be construed according to its object, as implying all powers within the scope of the employment; if limited, it is to be executed strictly according to its terms.

2. Even a special agent's authority is held to include all the necessary or usual means of executing it with effect. Thus, if one authorize his agent to get a bill discounted, without restraining him as to the way of doing it, this is an authority to indorse it in the principal's name, so as to bind him. An order to send goods, implies a power to load them generally, so as to bind both the goods and the principal for the freight.

3. An agent or factor cannot, without express power, or power necessarily implied in the circumstances, delegate his authority to another. But delegation is sometimes necessarily implied: Thus, an order to an agent to recover a debt, implies a power to delegate the execution of the necessary diligence to the proper officer; or to delegate to the agents necessary or fit to be employed before the courts to which resort must be had: and the natural consequence is, an implied guarantee by the agent so delegating his authority, of remuneration to persons who may be utterly ignorant of the credit of the principal.

4. The construction of mercantile commissions is to be extended, restrained, qualified, and, in general, assisted by

the usage of trade. Thus, it is the custom to sell goods upon credit, and an agent, employed to sell without special restraint, may follow that course ; but as it is the custom to sell stock only for ready money, a factor is not, without special authority, empowered to dispose of it otherwise.

1738. Le facteur qui a son principal dans un autre pays est responsable personnellement envers les tiers avec qui il contracte, soit que le nom du principal soit connu ou ne le soit pas. Le principal n'est pas responsable envers les tiers sur semblables contrats, à moins qu'il ne soit établi que le crédit a été donné également au principal comme au facteur, ou au principal seul.

1738. A factor whose principal resides in another country is personally liable to third persons with whom he contracts, whether the name of the principal be known or not. The principal is not liable on such contracts to the third parties, unless it is proved that the credit was given to both principal and factor, or to the principal alone.

---

* *Paley* (*Waterman*), *Pr. and ag.*, *p.* 248. } If the principal be a foreigner, it seems that, by the usage of trade, the credit is to be considered as having been given to the English broker, and that he only, and not the foreign buyer, will be liable. That question, however, is for the jury.

---

* 3 *Chitty, Com. Law*, *ch.* 3, *p.* 211-213. } And agent, acting as such, is not in general liable to be sued upon the contracts which he makes on behalf of his principal; but the agent is liable in cases of contracts entered into by him, where the principal is not known to the other party at the

time of making the contract, though it is known that the agent acts in a representative character, as an auctioneer not disclosing the principal's name at the time of the sale; or where there is no responsible principal to resort to, as where the commissioners of a navigation act entered into an agreement with the engineer, or where the agent enters into an agreement as if he were the principal, and the credit is given to him, though he describe himself as agent, and particularly in contracts under seal, he is personally liable, and he alone can be sued. And where the solicitor of the assignees of a bankrupt, upon whose lands a distress had been made by the landlord, gave the following written undertaking: "We, as solicitors to the assignees, undertake to pay to the landlord his rent, provided it do not exceed the value of the effects distrained," it was held they were personally liable; but this must be collected from the instrument, and reasonable exposition of the whole as it stands. So where an agent individually binds himself, as if a servant lease land for his master, reserving the rent to his master, and to invite the lessee to take the lease promise that he shall enjoy it without incumbrance, if the land be encumbered, an action lies against the servant; and masters of ships are liable for necessaries, &c. furnished abroad or in this country, unless they were furnished on credit of the owners; and where an agent does not pursue, in any degree, the principal's authority, or so far exceeds it as to discharge the principal from responsibility for his acts; or where he acts under an authority which he knows the principal has no right to give, as an agent selling property under a notice that it does not belong to his principal, he is personally liable. So where an agent has been authorized to do an act for a third party, and he is put in possession of every thing that will enable him to complete it, and he neglects so to do, he will be personally liable to the third person; as if an agent receives money from his principal to pay to A., and engages to A. to pay him, the latter may sue him on his neglect to pay it, for the agent

is considered to hold it on the party's account. But if the third party, by their conduct, shew they do not consider the agent as holding the money on his account, the agent will be discharged, on properly appropriating the money to other purposes before he is again called upon by the third party to pay it over.

---

* *Story (Greenough), On Agency*, § 268, 290. } § 268. It is partly upon this ground, and partly upon the ground of general convenience and the usage of trade, that the general rule obtains, that agents or factors acting for merchants resident in a foreign country (as, for example, in France or Germany) are held personally liable upon all contracts made by them for their employers; and this without any distinction, whether they describe themselves in the contract as agents or not. In such cases, the ordinary presumption is, that credit is given to the agents or factors, (1) and not only

(1) Buller, N. P. 130; De Gaillon *v.* L'Aigle, 1 Bos. & Pull. 358; Paterson *v.* Gandasequi, 15 East, 62; Thomson *v.* Davenport, 9 B. & Cressw. 78; Smith on Merc. Law, 76, 78 (2d ed.); Id. ch 5, § 5, pp. 134-136, 140, 141 (3d ed. 1843). In Thomson *v.* Davenport, Lord Tenterden said: "There may be another case, and that is, where a British merchant is buying for a foreigner. According to the universal understanding of merchants, and of all persons in trade, the credit is then considered to be given to the British buyer, and not to the foreigner. In this case, the buyers lived at Dumfries; and a question might have been raised for the consideration of the jury, whether, in consequence of their living at Dumfries, it may not have been understood among all persons at Liverpool, where there are great dealings with Scotch houses, that the plaintiffs had given credit to M'Kune only, and not to a person living, though not in a foreign country, yet in that part of the king's dominions, which rendered him not amenable to any process of our courts? But, instead of directing the attention of the recorder to any matter of that nature, the point insisted upon by the learned counsel at the trial was, that it ought to have been part of the direction to the jury, that, if they were satisfied the plaintiffs, at the time of the order being given, knew that M'Kune was buying goods for another, even though his principal might not be

that credit is given to the agents or factors, but that it is

made known to them, they, by afterwards debiting M'Kune, had elected him for their debtor. The point, made by the defendsnt's counsel therefore, was, that if the plaintiffs knew that M'Kune was dealing with them as agent, though they did not know the name of the principal, they could not turn round on him. The recorder thought otherwise; he thought that, though they did know that M'Kune was buying as agent, yet, if they did not know who his principal really was, so as to be able to write him down as their debtor, the defendant was liable, and so he left the question to the jury; and I think he did right in so doing." Bayley, J., added: "There may be a course of trade, by which the seller will be confined to the agent, who is buying, and not be at liberty at all to look to the principal. Generally speaking, that is the case, where an agent here buys for a house abroad. There may also have been evidence of a course of trade, applicable to an agent living here, acting for a firm resident in Scotland. But that does not appear to have been made a point in this case, and it is not included in the objection which is now made to the charge of the recorder." See Stackpole *v.* Arnold, 11 Mass. 27: Bradlee *v.* Boston Glass Manufactory, 16 Pick. 347, 350. In Taintor *v.* Prendergast, 3 Hill, 72, 73, Mr. Justice Cowen, in delivering the opinion of the court, said: "It may be admitted, as was urged in the argument, that, whether the principal be considered a foreigner or not, his agent, omitting to disclose his name, would be personally liable to an action. Even in case of a foreign principal, however, I apprehend, it would be too strong to say, that, when discovered, he would not be liable for the price of the commodity purchased by his agent. This may indeed be said, when a clear intent is shown to give an exclusive credit to the agent. I admit, that such intent may be inferred from the custom of trade, where the purchaser is known to live in a foreign country. No custom was shown or pretended in the case at bar; and, where the parties reside in different states under the same confederation, this has been held essentially to exonerate the principal. Thomson *v.* Davenport, 9 B. & Cressw. 78. It will be seen, by this case and others referred to by it, that the usual and decisive indication of an exclusive credit is, where the creditor knows there is a foreign principal, but makes his charge in account against the agent. If the seller be kept in ignorance, that he is selling to an agent or factor, I am not aware of a case which denies a concurrent remedy. On the other hand, I am still in want of an authority, that, where an agent acquires rights in a course of dealing for his principal, whether the latter be foreign or domestic, and his name is

exclusively given them, to the exoneration of their em-

kept secret, the principal may not sue to enforce those rights. I admit, that the defendant is not, by such form of action, to be cut off from any equities he may have against the agent. So far, the latter is considered as the exclusive principal; but no further. As a general rule, the latter cannot maintain an action in his own name at all; and the exception will be found to arise from cases where he has the rights of bailee, or some other *rights;* not the mere powers of a naked agent." But see 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 631, note (*b*) (4th ed); Ante, § 155; Kirkpatrick *v.* Stainer, 22 Wend. 244. In this last case, it seems to have been thought by Mr. Senator Verplanck, in the Court of Errors, that the doctrine was stated too strongly in the text of the first edition of this work. I confess myself not satisfied that there was any error in the original text, which propounds the credit, in case of foreigners, to be an exclusive credit to the agent, as a matter of presumption, liable, indeed, to be rebutted; but still a presumption, which is to prevail in the absence of proof of any usage, or contract, to the contrary; and the opinion of the learned chancellor (Walworth) in the same case, fully sustains the position. The very case before the Court of Errors seems to have proceeded, in the court below, upon grounds certainly not very satisfactory; for, assuming the foreign principals, in that case, to have been liable on the contract, it is very difficult to avoid the conclusion, that the agent had, by his mode of making the contract, also incurred a personal liability. Indeed, the case seems irreconcilable with the doctrine laid down in Higgins *v.* Senior, 8 Mees. & Wels. 834, 844; Post, § 270, and note. See also Smith on Merc. Law, ch. 5, § 4, pp. 103-133; Id. § 7, pp. 140, 146 (3d ed. 1843); Post, § 270. In Taintor *v.* Prendergast, 3 Hill, 72, the Supreme Court of N. York seems to have acted upon the doctrine, that if an agent of a foreigner makes a contract in his own name, without disclosing the name of his principal, the latter will be bound thereby, and liable thereon, although the agent may also be personally liable. In that case, the contract was made in New York on behalf of the principal living in Connecticut; and it was said, that in such a case, there was no usage or custom of trade to deem it an exclusive credit to the agent. That circumstance may, perhaps, properly distinguish the case from that of a contract made on behalf of a known or unknown principal living in England, or France, or Germany. The same distinction was recognized in Thomson *v.* Davenport, 9 B. & Cressw. 78; and by Mr. Chancellor Walworth, in Kirkpatrick *v.* Stainer, 22 Wend. 254, 255. He there says. "Upon a careful examination of the law on this subject, I have therefore arrived at the conclusion, that

ployers (1). Still, however, this presumption is liable to be rebutted, either by proofs that credit was given to both prin-

there is a well-settled distinction between the personal liability of an agent who contracts for the benefit of a domestic principal, and one who contracts for a principal who is domiciled in a foreign country. I do not think that, by our commercial usage, it is applicable to the case of a principal who is domiciled in another state of the union, as the interests of trade do not seem to require it. Besides, it does not appear to have been applied in England to the case of a principal residing in Scotland; although in the case of Thomson v. Davenport, before referred to, Lord Tenterden supposed it might have been a proper subject of inquiry for the jury, whether there was not a usage of trade at Liverpool, to give the credit to the agent where the principal resided in Scotland. So far as the law is settled on the subject, however, it only applies to a principal domiciled in a foreign country, or, in the language of the common law, 'beyond the seas.'" And again: "I see no difficulty in the form of the contract in this case, to bind the principals, and to relieve the agent from personal liability, if they had not been domiciled abroad. It is well settled, that in a commercial contract, not under seal, no particular form of words is necessary to bind the principal. Where the principal is known to the other party, and the contract is formally drawn up and signed by the parties, it should probably appear in some part of the contract that the agent is acting for some person other than himself; as he will be personally liable if he expressly contracts in his own name, without any reference to his character as agent, either in his signature, or in the body of the contract, although he was duly authorized to contract on behalf of his principal. The true rule on this subject, I apprehend to be this, that where it appears from a contract, made by the agent for a domestic principal, that he was such agent, the presumption is that he meant to bind his principal only; unless there is something in the contract from which it can be legally inferred that he meant to bind himself solely, or both himself and his principal, for the performance of the contract. On the contrary, if the contract is made on behalf of his foreign correspondent, who is domiciled abroad, the legal presumption is, that the agent meant to hold himself personally liable for the performance of the contract, unless from the terms of the contract it appears, that he meant to contract upon the credit of his foreign principal exclusively; for the agent, in such a case, may be personally liable on the

(1) Ibid.; Post, § 400; 2 Kent, Comm. Lect. 41, pp. 630, 631, note (*b*).

cipal and agent, or to the principal only (1); or that the usage of trade does not extend to the particular case (2).

contract, although the principal is also bound." Mr. Senator Verplanck seems, in his opinion in the same case (pp. 262-264), to have recognized the distinction between foreigners resident in England or France, and citizens resident in another state of this union. Post, § 400. Where credit is given to a foreign principal, who is known, and the agent represents him alone, there is no doubt that the presumption of an exclusive credit to the agent is repelled. Trueman *v.* Loder, 11 Adolph. & Ellis, 589; [Peterson *v.* Ayre, 13 C. B. 353; Smyth *v.* Anderson, 7 C. B. 21].

(1) Ibid.; Post, §§ 290, 350, 400, 423, 448; Trueman *v.* Loder, 11 Adolph. & Ellis, 589, 594, 595.

(2) [But the true rule seems to be that an agent of a foreign principal is not, as a matter of law, personally liable on such contracts, but it is a question of fact for the jury in each case, to be decided by the peculiar circumstances, whether he is liable on the particular contract in each case. This has been so held in England, Green *v.* Kopke, 18 C. B. 549; Wilson *v.* Zulueta, 14 Q. B. 405; Paice *v.* Walker, L. R. 5 Ex. 173; Armstrong *v.* Stokes, L. R. 7 Q. B. 603; Elbinger Co. *v.* Claye, L. R. 8 Q. B. 313; Hutton *v.* Bulloch, L. R. 8 Q. B. 331: and in this country, Oelricks *v.* Ford, 23 How. U. S. 49; Rogers *v.* March, 33 Me. 106; Goldsmith *v.* Manheim, 109 Mass. 187: and where a contract in writing is made by an agent which is in form with the foreign principal and not with the agent, the latter is not liable, although the contract was signed by him "for and on account of" the foreign principal, Mahoney *v.* Kekulé, 14 C. B. 390: and the contract itself may stipulate that the agent shall not be bound, even though the principal is not disclosed, Oglesby *v.* Yglesias, 1 El. Bl. & El. 930; Pederson *v.* Lotinga, 28 L. T. R. 267: or the agent may stipulate that his liability under a charter-party shall cease after a certain time or upon the happening of a certain event, Christoffersen *v.* Hansen, L. R. 7 Q. B. 509. So, where a contract was signed "A. B.," who was a foreign principal, "by C. D., agent," the agent was held not to be personally bound thereby. Bray *v.* Kettell, 1 Allen, 80. In that case, Bigelow, C. J., said: "This action is brought to recover damages for a breach of a written contract of affreightment entered into by the defendants in behalf of one Charles D. Archibald, doing business under the name and style of the 'Albert Freestone Quarries,' and executed by signing the same with the business name of their principal

[ARTICLE 1738.]

§ 290. There are cases in which the presumption of an exclusive credit being given to an agent is so strong as almost to amount to a conclusive presumption of law. Thus, for

by themselves as agents. The only question in the case is, whether the defendants can be held liable on this contract.

"The plaintiff does not controvert the general rule of law, that an agent is not personally responsible upon an instrument executed in the name of his principal. But he rests his claim against the defendants upon the ground that the present case falls within a recognized exception to the rule, because the defendants acted, in making the contract, in behalf of a foreign principal, resident 'beyond seas.' It is certainly true that some of the earlier English cases seem to sanction the doctrine, that where an agent acts for a foreign principal, the presumption is that credit is given exclusively to the agent, and he only is liable on contracts entered into in the name and on behalf of his principal. Gonzales v. Sladen, Bull. N. P. 130; De Gaillon v. L'Aigle, 1 B. & P. 368; Thomson v. Davenport, 9 B. & Cressw. 87; Smyth v. Anderson, 7 C. B. 21. The same doctrine is stated in Paley on Agency (4th Amer. ed.), 248; 2 Liverm. on Agency, 249; and especially in Story on Agency, §§ 268, 290, where it is enunciated as a general rule that agents acting for merchants residing in a foreign country are held personally liable on all contracts made by them for their employers, and this without any distinction whether they describe themselves in the contract as agents or not. We are inclined to think that a careful examination of the cases which are cited in support of this supposed rule will show that this statement is altogether too broad and comprehensive. Certain it is, that if it ever was received as a correct exposition of the law, it has been essentially modified by the more recently adjudged cases. The more reasonable and correct doctrine is that, when goods are sold to a domestic agent or a contract is made by him, the fact that he acts for a foreign principal is evidence only that the agent and not the principal is liable. It is in reality, in all cases, a question to whom the credit was in fact given. Where goods are sold, it is certainly reasonable to suppose that the vendor trusted to the credit of a person residing in the same country with himself, subject to laws with which he is familiar, and to process for the immediate enforcement of a debt, rather than to a principal residing abroad, under a different system of laws, and beyond the jurisdiction of the domestic forum. But even in such a case, the fact that the principal is resident in a foreign country is only one circumstance entering into the question of credit and is liable to be controlled by other facts."—Ed.]

example, where a known factor buys or sells goods for his principal, who is resident in a foreign country (as, for example, in France or Germany), it will be presumed, in the absence of all rebutting circumstances, that credit is given exclusively to the factor in the whole transaction, and that he is dealt with as the principal. This doctrine may be satisfactorily explained, in many cases, by the consideration already stated, that there is no other known responsible principal. But it is founded upon a broader ground,—namely, upon the presumption that the party dealing with the agent intends to trust one who is known to him, and resides in the same country, and is subject to the same laws as himself, rather than to one who, if known, cannot, from his residence in a foreign country, be made amenable to those laws, and whose liability may be affected by local institutions and local exemptions, which may put at hazard both his rights and his remedies. *A fortiori*, the doctrine will apply to an agent acting for an unknown principal in a foreign country.

Voy. *Story, Ageney*, cité sur art. 1727 ; *Smith, Merc. Law*, sur art. 1704, et *Pardessus*, cité sur art. 1736.

---

* *Smith (Dowdeswell), Merc. Law, p.* 142-3. } It is not in the course of a *broker's* business to receive payment for goods, the sale of which he has negociated, unless he be acting for an undisclosed principal. An insurance broker has a right to receive payment of a loss; but he must not, in the absence of any evidence of consent to such a course on the part of the assured, set it off against his own debt to the underwriter; for "it is a general rule of law, that *if a creditor employ an agent to receive money of a debtor and the agent receives it, the debtor is discharged as against the principal; but if the agent, instead of receiving money, write off money due from him to the debtor, then the latter is not discharged.*"

Where, however, the usual course of trade warrants the receipt of a check, note or bill, payment in that way to an agent will discharge the debtor, unless, indeed, the agent be a particular one, and such a course be inconsistent with his instructions. And though the general rule is, as has just been stated, yet it is held, that, "where an insurance broker or other mercantile agent has been employed to receive money for another, in the general course of his business, and where the known general course of business is for the agent to keep a running account with the principal, and to credit him with the sums which he may have received, by credits in account with the debtors, with whom he also keeps running accounts, and not merely with moneys actually received, the above rule cannot properly be applied; but it must be understood, that where an account is bonâ fide settled, according to that known usage, the original debtor is discharged, and the agent becomes the debtor, according to the meaning and intention, and with the authority of the principal." Payment to an agent, moreover, in order to be good must in general be specifically appropriated to the debt due to his principal, not made upon a general account.

A *factor* is, by the nature of his employment, authorized to receive payment for the goods of which he disposes, yet a payment even to him will not exonerate a debtor who has received *express notice* from the creditor not to pay his factor.

---

* 1 *Bell, Comm.*, *p.* 490-496. } § 2. CLAIMS UNDER THE CONTRACT OF COMMISSION OR MERCANTILE AGENCY.—Under the contract of mandate or mercantile agency, various claims may arise on a sudden disorder in the affairs of the several parties. These may be either on occasion of the bankruptcy of the principal; or on the bankruptcy of the factor or agent.

1. CLAIMS ON THE BANKRUPTCY OF THE PRINCIPAL.—Two classes of cases may arise on occasion of the bankruptcy of the principal; one, of cases involving the rights of the principal, now

vested in his creditors, as in relation to the party with whom the factor has entered into contracts; and another, comprehending the claims which may competently be made against the principal's estate.

1. *Claims by the Creditors or Bankrupt Estate of the Principal.* —To the creditors or estate of the principal, claims may arise against third parties, or against the factor.

1. CLAIM AGAINST THIRD PARTIES.—The creditors of the principal are entitled, against the party with whom the factor has contracted, to demand performance of the contract; but under certain qualifications. Thus, 1. Where the factor has acted in his own name, and has been relied on as principal, the third party cannot be deprived of the benefit of the securities which he could fairly contemplate as resulting from the contract: and so he may set off against the demand of the principal, for the price of goods sold by the factor, a debt due by the factor to himself. 2. Where the contract is impeachable for fraud or concealment by the agent, the objection equally affects the principal. 3. Even where the bargain has been made as with a factor, the principal's claim will be affected by the factor's lien for his general balance, or by the factor's right to recover from the third party under a del credere commission.

2. The creditors of the principal are entitled to recover from a third party to whom the agent has given over his goods, or paid his money, in the following cases:—1. Where the third party has the goods in temporary custody from the agent: But the demand will be subject to all legal liens, where the name of the principal was not disclosed. 2. Where the goods have been delivered, or money paid, on such mistake, misrepresentation, concealment, or fraud, as would give the agent a remedy had he been the principal: there is rei vindicatio or condictio indebiti to the principal as the true owner. 3. Where the contract is with the agent, factorio nomine, but beyond the terms of his power.

3. The estate of the principal has the full benefit of the

delivery of goods to the agent, where he is not merely and intermediate agent to forward the goods, but the person in whose administration the goods are to be after delivery.

2. CLAIMS AGAINST THE FACTOR. — The rights of the principal's estate against the factor are to recover all the property intrusted to him, and to have an account of all the proceeds, and of the result of the contracts which he has entered into; under deduction of the commission, and of any balance that may arise on the factor's transactions.

The responsibility of the agent is for ordinary diligence, according to the general rule already laid down. See above, p. 458. In applying this rule, the Court has pronounced two decisions, which may serve to illustrate it:—1. A gratuitous mandatory was found not responsible for theft, where extreme prudence and care might have prevented the loss. And, 2. A common mechanic was found not responsible for a short delay in effecting an insurance which he was desired to get done; whereas a broker would have been held to stand to the loss.

2. *Claims against the Estate of the Principal.* —The estate of the principal is liable to claims by the factor, and by third parties.

1. CLAIMS BY THE FACTOR. — The FACTOR or AGENT having no goods in his possession, or money in his hands, due to his principal, for his security or indemnification, is entitled to claim on his estate, — 1. For the balance in account between him and the principal; and, 2. For relief or indemnification from any liabilities which, as factor, he may have undertaken for the principal.

2. CLAIMS BY THIRD PARTIES. — THIRD PARTIES, who have dealt with the factor, have a claim against the estate of the principal as if they had dealt with himself.

1. The agent's contract entered into as factor a known principal, forms a good ground of action or claim against the principal, provided the power is proved and the limits duly observed. And there will he no action against the

factor, unless the principal is abroad. Such is the case of a rider to a manufacturing house: In taking an order in the name of the house, he binds the house to furnish the article.

In such cases,—1. If the claim is against the principal, as the buyer of goods, for the price, it is merely for a dividend, even although the goods be still with the agent or factor distinguishable. 2. If the claim is against the principal, as seller of the goods, for delivery, or for damages, it is also, in this case, merely personal. But if the agent act in a neutral capacity, as a general commission-agent, uniting the business of a custodier with that of a broker acting for both parties, the property may, in such situations, be held as transferred to the effect of vesting a real right in the buyer.

2. Where the contract is not in the principal's name, but generally as with a factor, the election will be with the third party, to hold to the credit of the factor, or to seek his remedy against the principal. And the remedy against the principal will not be hurt, either, *first*, By any private agreement between the principal and the factor, that the factor alone shall be responsible; or, *secondly*, Where the principal has paid the price to his agent, who has squandered it; unless the day of payment has been allowed to pass, and the principal has been led to believe that the agent alone was relied on; or, *thirdly*, By the circumstance of the factor failing with a large balance due to the principal.

3. Where notice is given of the principal, and the third party chooses to rely on the factor, he will be entitled so to do, but will not also have his claim against the principal.

4. Even where the factor contracts in his own name, the principal is bound to the third party, on his name and interest being disclosed. But this is to be taken under these limitations:—1. That if he knowingly have elected the agent as his debtor, he will not have his remedy against the principal; and, 2. That where the principal is induced to settle with the factor by means of documents, &c. furnished to the agent, the principal will be discharged. Where the principal

is made liable, he and the factor will reciprocally have the benifit of their private stipulations as to responsability, and of their correlative rights in respect to the state of the balance in account between them. The third party is entitled to hold the factor as the principal, so that a purchaser of goods from a factor may resist a demand for the price by the principal, on the ground of compensation or set-off. An exception is admitted to this rule in England in the case of a broker, who is so far different from a factor, that a factor is trusted with possession of the goods, and persons dealing with him cannot know whether he is proprietor or not; whereas a broker is not so trusted, and the employer is entitled to rely on his not selling in his own name, while third parties can be deceived only through their own neglect.

5. A del credere commission affects the settlement only between the principal and factor, relative to money to be recovered from third parties; as a factor with a del credere is responsible that the buyer shall pay the price. But although the factor will, on the buyer's failure, (himself being solvent), have right to claim on the buyer's estate in satisfaction of his obligation to guarantee, he is not so much a creditor, as, on the one hand, to deprive the buyer of the benefit of retention or compensation against the principal; nor, on the other, to give to his own creditors the benefit of the claim against the buyer, while they pay only a dividend to the principal. In the former case, compensation or retention against the principal will discharge the guarantee, and so be a good answer to the factor's claim: In the latter, the principal will have his claim against the buyer in the bankruptcy, and also against the factor on his guarantee.

6. Claims may sometimes be available to third parties against the estate of the principal, in consequence of the acts of the agent, though unauthorized by the principal. Thus, 1. Representations by the agent, in the strict course of the contract, will be taken to form a part of the contract with the principal; and the concealment or misrepresentation of

the agent will also affect the principal. 2. On the same principle, notice to a factor or agent will be held as notice to the principal, provided such factor has power to treat and negociate the contract. And, 3. The principal is liable civilly for the neglect or fraud of his agent, committed in execution of the authority given to him.

2. CLAIMS ON THE BANKRUPCY OF THE FACTOR OR AGENT.—The claims which may thus arise are either,—1. By the estate of the factor against the principal or third party; or, 2. By the principal or third party against the estate of the factor.

1. *Claims by the Factor or Agent.*—The agent's estate may have a claim against third parties, or against the principal.

1. CLAIMS AGAINST THIRD PARTIES. — Against third parties the agent's estate has a right of action, to the effect of preserving any lien or other security for indemnity against the principal.

2. CLAIMS AGAINST THE PRINCIPAL.—Where the factor has made special advances on goods consigned to him, his creditors will be entitled to have the goods sold for repayment of the advances; as the factor himself might have insisted on proceeding with the sales, unless indemnified. There may, however, be a difference in this respect, that if the factor be solvent, he cannot be deprived of his commission, on the faith of which he may have made his advances; whereas his bankruptcy, putting an end to his character as a trader, may perhaps entitle the principal to withdraw his goods, on merely indemnifying the factor for his advances.

2. *Claims against the Agent's Estate.*—The claims against the bankrupt estate of the factor or agent may be by third parties, or by the principal.

1. CLAIMS BY THIRD PARTIES.— It is a general rule, that (unless in the case of ship-masters) agents properly authorized, contracting for a known principal, are not personally responsible on such contracts. Therefore, where both the principal and the agent have failed, there is a claim only against the estate of the principal, not against that of the agent;

unless the credit of the agent has been specially relied on; or the name of the principal has been concealed; or the principal is abroad.

But where the agent specially engages his personal credit; or where he exceeds his instructions; or where he is guilty of any fraud, or misrepresentation, or negligence, (whether the principal may be bound by such conduct or not), a claim will lie against his estate by the third party.

2. CLAIMS BY THE PRINCIPAL.—1. The estate of the factor or agent will be responsible to the principal, wherever he has so conducted himself as to bind the principal to third parties beyond the limits of his instructions. Thus, on the one hand, if an agent sell goods on credit, where he was authorized only to sell them for ready money, or where, by the course of trade, they ought to have been sold for money only, and the buyer fails; the principal will have a claim against the agent's estate: Or, on the other hand, if the agent buy with such authority as will bind the principal to a third party, but beyond the limitation as between themselves; the principal paying the price will have a claim for indemnification.

It may be questioned whether the claim of the principal may not, in some cases, stand excluded by the ranking of another creditor. Thus, 1. Where the agent discounts bills of his principal in his hands, a claim will be entered by the indorsee on the factor's estate in consequence of his indorsation: Can the principal also enter a claim in consequence of the loss suffered by the fraud of the agent, without being exposed to the objection of double ranking?

2. The estate of a factor acting under a del credere commission is liable to the principal, where the buyer or debtor has failed without paying the price.

3. To ground a claim against the factor's estate for negligence, there must be either a breach of orders; gross negligence; or fraud.

First, Not only where the agent commits a direct breach of his orders, in exceeding his limits, &c. but where he does

not act as directed, he may be liable to an action; and so his bankrupt estate to a claim for the consequences of the neglect. The most frequent example of this is on occasion of orders to insure. The late Mr Justice Buller has well distinguished these cases:—'It is now settled as clear law, that there are 'three instances in which such an order to insure must by 'obeyed.—*First*, Where a merchant abroad has effects in the 'hands of his correspondent here, he has a right to expect 'that he will obey an order to insure, because he is entitled 'to call his money out of the other's hands, when and in 'what manner he pleases. The *second* class of cases is where 'the merchant has no effects in the hands of his correspon- 'dent; yet if the course of dealing between them be such, 'that the one has been used to send orders for insurance, and 'the other to comply with them, the former has a right to 'expect that his orders for insurance will still be obeyed, 'unless the latter give him notice to discontinue that course 'of dealing. *Thirdly*, If the merchant abroad send bills of 'lading to his correspondent here, he may ingraft on them 'an order to insure, as the implied condition on which the 'bills of lading shall be accepted, which the other must obey, 'if he accept them, for it is one entire transaction. It is true, 'as it has been observed, that unless something has been 'held out by the person here to induce the other to think 'that he will procure insurance, he shall not be compelled 'to insure. But if the commission from the merchant abroad 'consist of two parts, the one to accept the bill of lading, the 'other to cause an insurance to be made, the correspondent 'here cannot accept it in part, and reject it as to the rest.' If, in such cases, he entirely neglect to insure, he becomes responsible. If he endeavour to procure insurance, but limit the broker to a premium so small that the insurance cannot be effected, he will be liable. But it is sufficient if he do what is usual in order to get the insurance made.

Secondly, Gross negligence will ground a claim against the agent; as where one undertakes to get a policy of fire insu-

rance renewed in name of the purchaser of his premises, and applies for the renewal, but neglects to have the policy transferred from himself by the proper indorsement at the office, it is held that he is responsible. So concealment by one broker, who employed another to get the insurance done, of material information for procuring the insurance, will be a ground of responsability against the first broker.

Thirdly, Such fraud in the agent for the consignor, as will subject the principal for its consequences, will ground a claim against the agent's estate.

The consequence of the agent making himself responsible for the risk is, that he becomes the insurer himself; and he may avail himself of every defence which the underwriter would have had, if the insurance had been effected.

1739. Toute personne peut contracter, pour l'achat de marchandises, avec le facteur qui les a en sa possession, ou à qui elles ont été consignées, et peut les recevoir de lui et lui en payer le prix; et tel contrat et paiement lient le propriétaire des marchandises, lors même que l'acheteur sait qu'il ne contracte qu'avec un facteur.

1739. Any person may contract for the purchase of goods with any agent entrusted with their possession or to whom the same have been consigned, and may receive the same from such agent and pay him the price thereof, and such contractand payment is binding upon the owner of the goods, notwithstanding the purchaser has notice that he is contracting only with an agent.

---

* *Sts. Ref. C., ch.* 59, *s.* 1. } Il est permis à qui que ce soit de contracter avec tout agent à qui on aura confié la possession d'effets au marchandises, ou à qui les dits effets ou mar-

chandises pourront avoir été consignés, pour l'achat de tels effets ou marchandises, et de les recevoir de tel agent et de lui en payer le prix, et tel contrat et paiement lieront le propriétaire de tels effets et marchandises et vaudront contre lui, bien que l'acquéreur sache qu'il ne transige qu'avec un agent. 10, 11 V. c. 10, s. 1.

1740. Tout facteur à qui on a confié des effets et marchandises ou des documents qui en forment le titre, en est réputé propriétaire pour les fins suivantes, savoir :

1. Pour en consentir la vente ou un contrat tel que mentionné en l'article qui précède ;

2. Pour conférer au consignataire des marchandises consignées par ce facteur, un privilége sur ces marchandises pour toute somme de deniers ou valeur négotiable avancée ou donnée par ce consignataire à tel facteur pour son usage, ou reçue par le facteur pour l'usage de tel consignataire, de la même manière que si ce facteur était le véritable propriétaire de ces marchandises ;

3. Pour rendre valable tout contrat ou convention

1740. Any agent entrusted with the possession of goods, or of the documents of title thereto, is deemed the owner thereof for the following purposes, that is to say :

1. To make a sale or contract, as mentioned in the last preceding article ;

2. To entitle the consignee of goods consigned by such agent, to a lien thereon for any money or negotiable security advanced or given by him to or for the use of such agent, or received for him by such agent for the use of the consignee, in like manner as if such agent were the true owner of the goods ;

3. To give validity to any contract or agreement,

de nantissement, privilége ou sûreté, fait de bonne foi avec ce facteur, tant pour prêt primitif, avances ou paiement faits sur le nantissement de telles marchandises ou titres, que pour tout autre renouvellement d'avances à cet égard; et

4. Pour rendre tels contrats obligatoires à l'égard du propriétaire des marchandises et de toutes autres personnes qui y sont intéressées, nonobstant la connaissance que celui qui réclame le droit de gage ou privilége peut avoir qu'il ne contracte qu'avec un facteur.

by way of pledge, lien or security, made in good faith with such agent, as well for an original loan, advance or payment made upon the security of the goods or documents, as for any other or continuing advance in respect thereof;

4. To make such contract binding upon the owner of the goods and on all other persons interested therein, notwithstanding the person claiming such pledge or lien had notice that he was contracting only with an agent.

---

1 *Bell, Com.*, *p.* 483-487. } It has been much questioned, both on the Continent and in Great Britain, what power a factor has to pledge the goods of his principal. In England, at common law, he had no such power. In Scotland, it has been decided that he has the power, to the effect of conferring on one who lends money on the security of the goods, an unexceptionable real right; or of raising to a sub-factor, or other person receiving the goods and advancing money on them, an effectual lien. And on this point the law of England has, by statute, been placed nearly on the footing of the law of Scotland (1).

(1) 4. Geo. IV. c. 83, as amended by 6. Geo. IV. c. 94.

The doctrine of the law of Scotland on this subject may be reduced to the following propositions :—

1. Where a factor, having made advances on goods sent to him for sale, transfers to another the right of pledge or lien which he himself holds, the transfer is effectual. Even in England he is entitled to do this, provided he does it fairly and openly; for lien is not a mere jus incorporale, but is accompanied by possession of corporal subjects, and consists in the continuance of that possession. As the creditor to whom the lien is assigned holds only the qualified possession which his debtor was entitled to, his right, like that of the assignee to a liferent, expires with the original lien; but, to this extent, the security is as complete as the factor's own; that is to say, the creditor will be entitled to avail himself of the pledge to the extent of the balance due to the factor (1).

2. Although at first it was held, that a factor having goods in his possession could not pledge those goods, or receive advances on them, to the effect of constituting a lien available against the owner (2); yet this soon yielded to views of commercial expediency, first in a foreign case, in deference to the laws of Holland (3), and afterwards it was held, that a

(1) See the case of M'Combie against Davies, 7. East, 7, 8.; and Man against Skiffner, 2. East, 529.

(2) Mitchell against Burnet and Mowat, 11th December 1746; Kilk. 206. (4498.) The goods were Mitchell's, but were lodged in a warehouse at Campvere in Holland by Sinclair. There they were arrested by creditors of Sinclair; and a competition arose between the arrestors and Burnet and Mowat, the owners of the warehouse, who alleged that the goods had been pledged to them by Sinclair for debt. The Court found the goods the property of Mitchell, and that the impignoration was neither proved, nor *relevant* to encumber Mitchell's property.

See next note.

(3) Lord Kilkerran says, on a review of the judgment, ' It seemed to be ' the opinion of the Court that the sentence had gone too far in finding ' the impignoration not relevant, at least so far as concerned L. 57 ' advanced to Sinclair on the credit of the goods; for that, however, at ' common law, a man's property can only be affected by his own deed,

person holding goods in this country as factor for a trader abroad, could place those goods with another, as his factor or consignee, and take advances on the security of them, to the effect of conferring an unexceptionable lien for the advances available against the true proprietor of the goods (1).

'and that the presumption of property from possession cedit veritati, yet 'the expediency of trade and commerce requires, that wherever any 'person is vested in the nominal property by a bill of lading, third 'parties contracting with him as proprietor, whether by sale or pledge, 'should be safe. But as there was no proof of such impignoration, 'there was no occasion to give judgment upon this point.' The case finally terminated in favour of the pledgee, upon an allegation, that by the custom of Holland, a factor who gives credit on goods lodged with him, can detain them till he is paid; and this was allowed to be proved 'by four merchants in Edinburgh.'

(1) 1. Colquhoun against Findlay, Duff and Company, 15th November 1816; 19. Fac. Coll. 208.; First Division. Twenty hogsheads of sugar were consigned by Mr Colquhoun from the West Indies to H. Crawford to be sold. The invoice was directed to him, and the bill of lading deliverable to him or his order. Crawford employed Findlay, Duff and Company, as brokers, to sell the sugars; and he gave an order on the keeper of the bonded warehouse to deliver them to their order. Findlay, Duff and Company, took the goods to be Crawford's, and made advances to him on the credit of them. The judgment of the Lord Ordinary, Alloway, 'finds, That by the bill of lading, the sugars in question appeared 'to be the sole property of Mr Crawford: That upon the 20th September '1814, Mr Crawford, by a regular invoice and order, desired the persons 'in whose warehouse the sugars were deposited, to deliver the same to 'the order of Messrs Findlay, Duff and Company; and that from this 'period, when the said order was delivered, these persons continued to 'hold the sugars for behoof of Messrs Findlay, Duff and Company: That 'the possession of the sugars being thus transferred by Mr Crawford, 'apparently the unlimited proprietor, to the defenders, they were entitled 'either to sell the same, or to advance money to him to account of those 'sugars; and that having made advances to Mr Crawford, *bona fide*, 'without ever having heard of the claim of the pursuer, who sent the 'sugars to Mr Crawford, they are entitled to retain and apply the pro'ceeds of those sugars to account of the advances made by them; and 'are only liable to account to the pursuer for any balance of the proceeds

3. Where a factor, however, places goods in the hands of another as factor, or for any other purpose which, in the case of his own goods, would confer a lien for a general

'of the sugars which may be in their hands beyond the amount of these 'advances; and decerns.' The Court adhered. 'Per curiam, the trans-'action cannot be correctly considered as a pledge. The factor did not 'exceed his powers: besides, it is clear that a factor authorized to sell 'can effectually pledge the goods of his constituent. The English autho-'rities on this point ought to have no weight.'

2. Ede and Bond, against Findlay, Duff and Company, 15th May 1818; 19. Fac. Coll. 509. In August 1814, Francis Garden and Son, extensive West India merchants, had, as consignees and importers, thirty-nine hogsheads of sugar in the bond-warehouse in their own name. They had thus an apparent ownership of those sugars; and having put them into the hands of Findlay, Duff and Company, with power to sell, and given an order of delivery, which was duly intimated at the king's cellars, Findlay, Duff and Company advanced L. 1000 on the consignment. They afterwards sold them for L. 1500; and Garden and Sons becoming bankrupt, Ede and Bond, of London, claimed the proceeds, as being the propritors of the goods which Garden and Sons had held merely as factors, with no authority to pledge. The Lord Ordinary found, 'that Findlay, Duff and Company, were entitled to retain and apply the 'proceeds of the sugars to account of all advances made, or obligations 'come under by them, on the credit of these sugars.' To this judgment the Court adhered.

3. Johnson and Manley, against Findlay, Duff and Company, 13th Feb. 1818. This was a similar decision in circumstances nearly the same. The goods (coffee) had been intrusted so Garden, Brothers and Company, as managing partners of a joint adventure. They consigned them to Findlay, Duff and Company. to be sold. Large advances were made by Findlay, Duff and Company, on the faith of this consignment. They insisted on a lien, both for those advances, and for their general balance on transactions with Gorden, Brothers and Company, as their factors. Lord Pitmilly, as Ordinary, gave his 'opinion, that the bill of lading of 'the coffee having been made out in the name of Garden, Brothers and 'Company, and the coffee deposited in their names in the bond-warehouse 'in Leith, the defenders, Findlay, Duff and Company, were entitled, on 'receiving an unqualified order for delivery of the coffee from Garden, 'Brothers and Company, to make advances to that company on the faith 'of the coffee thus delivered to and bona fide received by them.' But

balance, the sub-factor, though ignorant of the true ownership of the goods, must, in so far as he has not made *actual advances* on the consignment, but claims only a *general* balance, take the goods under the qualification of the limited right which the factor himself had in them (1).

before pronouncing final judgment in the case, his Lordship ordered farther discussion of the right to retain for the general balance.

4. Johnson against James Scott & Sons, Nov. 14. 1818; 19. F. C. 561. Johnson, residing at Wakefield, was desirous of turning his capital to account; and having applied to Hickson, he helped him to purchase a cargo of deals for Leith. It came consigned to James Scott and Son from Hickman, though Johnson was the true owner; and the consignees knew nothing of Johnson's interest. Hickman being partner of a company whose acceptance had been discounted by James Scott and Son, he wrote to Scott and Company that the Company could not pay the bill, and desired Scott and Company to retire it, and take reimbursement on the consigned cargo. They answered, that they would take up the bill, and pass it to account of the consignment. No reply was made: And, on Hickman's failure, James Scott and Son had notice of Johnson's right. They claimed retention for the bill, and sent the balance to Hickman. The Court held James Scott and Company to have an effectual security for the advanced money, holding the application of the proceeds by order of the consignor to be an advance.

(1) Black and Company against M'Call and Company, 22d June 1820. In this case sugars were bought by Thomson, Gibson and Company, as agents or factors, for and to the use of a secret company or joint adventure of Thomson, Gibson and Company, Will. Tenant, and Gibson and Duncan, and were placed in the hands of M'Call and Company on a mere broker's commission, not as factors. They were the agents of Thomson, Gibson and Company, and had so acted for them on a large commission for occasional advances. Of course in these circumstances M'Call and Company made no advances on the faith of those sugars. But there being a considerable balance due to them on their account with Thomson, Gibson and Company, and all the parties becoming bankrupt, M'Call and Company claimed retention for their general balance against the creditors of the joint adventure. And so the question was, Whether they were entitled to exercise the same right for security of this balance, which by the above cases they would have had for advances on the goods? The Court drew the distinction clearly, and rejected the claim

But although these were the rules followed in Scotland, they had been established chiefly on grounds of public expediency, and from favour to commerce, though undoubtedly bottomed on a sound principle of law, by which property in moveables is presumed from possession. The same course was followed on the Continent; and, against authorities of great weight, the bias of favour and encouragement to the free transfer of goods in trade had influenced the whole practical jurisprudence of the trading nations of Europe. The general rule of the civil law was, 'Nemo plus 'juris ad alium transferre potest quam ipse haberet (1).' And, under this general rule, the power to pledge was absolutely denied (2). In France it was held, that one could not pledge the property of another for his own debt (3). In

of lien on this principle, that either a factor may sell, or pledge, or take advances of money on the security of retention as a pledge; yet a sub-factor, whether he knew the true owner or not, can take, as a resulting security for his general balance, only such right as the primary factor has. This judgment was affirmed in the House of Lords. The affirmance cannot be taken as establishing the doctrine of the judgment in the Court of Session; but it does not invalidate it. The view taken in the House of Lords was, that, without inquiring into the right of M'Call and Company, had they in this acted as proper factors, there was sufficient ground for affirming the judgment in the fact, that the goods in question came into their hands not as factors, but on a brokerage commission, a character not entitling them to a lien. The judgment was moved by Lord Gifford, 4th May 1824. See Shaw's Appeal Cases of that date.

(1) Dig. lib. 50. tit. 17. De reg. juris, l. 54.

(2) Cod. lib. 8. tit. 16. Si aliena res pignori data sit, l. 6. Dig. lib. 20. tit. 3. Quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non possunt, l. 2. l. Voet, 880. Heinneccius Elem. secundum ord. Pandect. 4. n° 27. Observ. Theoretico-Practicæ ad Pand. p. 4. n° 27. vol. vi.

(3) Basnage, Tr. des Hypotheques, p. 4. and 6. Pothier, Tr. du Cont. de Nantissement, n° 27. vol. ii. p. 953.

Holland, the same law was established (1). In Italy, also, this was held as law (2).

But an abstract rule laid down in law books sometimes does not square with the actual business of life; and in favour of commerce a relaxation of the above rule was introduced, to the effect of allowing the possessors of moveables, and those otherwise in the apparent right of commodities, not only to sell, but to pledge them (3).

(1) Van Leewin Censura forensis Theoretico-Practica, lib. 4 cap. 7. § 17. p. 472.

(2) So the law is laid down by the learned Professor Averannius of Pisa, Interpretat. Juris, lib. 4. c. 22. § 13. et seq.

Casaregi reports a case decided by himself, of a valuable string of pearls delivered by a lady to Maranna, a jeweller, to be sold, which he pledged to his creditor to prevent his imprisonment. The pledge was held bad, and the plea rejected, that, as a public dealer in jewels, Maranna was a person from whom the free course of trade entitled the pledgee to take those pearls. Discursus de Commercio, 106. vol. i. p. 334.

The same doctrine seems also established by a decision of the Court at Genoa. Rot Genuæ de Mercatura, &c. Decisiones, n° 199.; a book which Casaregi says,—'In causis mercantilibus mrximæ est auctoritatis.' Disc. 36. § 3.

(3) In Holland, this exception is asserted by some authors, while it is denied by others.

Groenwegen, in his Tract de Leg abrogatis et inusitatis in Hollandia, p. 56 savs—'Si quis rem sibi traditam aut commodatam citra formam 'mandati vendat, aut quovis modo alienet, moribus hodiernis adversus 'eum qui rem justo titulo et bona fide accepit actionem non habet rei 'dominus: aut si res non alienata sed tantum modo pignori data sit rei 'suæ vendicationem non habet nisi pignus luat' This Van Leewin vehemently reprehends as not correct:—'Qua in re non admodum 'perspecte judicasse mihi videtur Groenwegen.' P. 472. And speaking of a statute of Antwerp, to which that author refers, he says,—'Sed 'irrationabilis et odiosa mehercule hac in re est dicti statui ratio in 'favorem forte mercaturæ ibidem contra dispositionem juris communis 'introducti quod sane ultra ejusdem civitatis territorium extendi minime 'potest, quum vel alias statuta juris communis correctoria strictissimam 'accipiant interpretationem.'

In Italy, we have seen Casaregi deciding a case by the rule of law.

But there are other cases reported by him, in which, on a very elaborate discussion, he gave full weight to the exception in mercantile law. The doctrine of an exception in favour of mercantile dealings he lays down in his 76th Dissertation, nº 4. et seq.; and in his Treatise, entituled, Il Cambisto Istruito, c. 3. nº 43. et seq.; and in the introduction to his judgment in the case of Greenwood and Cooper, Disc. 124. nº 1. et seq. In that case, David Cayrel had consigned from D. Vais Nunez a cargo of sugar, which he impledged with Greenwood and Cooper for his own debt. Nunez claimed the goods by rei vindicatio as theirs. The Court of Leghorn decided in favour of Greenwood and Cooper; and Casaregi, in a court of appeal, affirmed the sentence. In explaining the grounds of his judgment, he says,—' In istis impropriis furtis vel rebus dolose ac ' fraudulenter extortis, favore libertatis publici commercii præmittere pro ' indubitabili regula oportet, talium rerum aut mercium dominum rei ' vindicationis actione illarum restitutionem mineme prætendere, posse, ' nisi prius per eum persolvatur pretium vel pecunia mutuata vel quic- ' quid aliud datum aut creditum restituatur illi cui respective venditæ, ' &c. dummodo hic de tempore venditionis, vel in solutum dationis vel ' hypothecæ aut hujusmodi nullam habuerit scientiam, rem aut mercem ' in eum perventam and alios proprietatis ac dominii titulo spectare.'

In another case, where a trader at Ferrara had consigned a bale of silk for sale to a Florentine merchant, who pledged it for a loan of money, and afterwards sold the bale to a third person, under burden of paying the loan; the Florentine merchant failed, and a question arose between the owner and the pledgee for the price in the hands of the purchaser. Casaregi adjudged the case for the pledgee, on the same grounds with the above cases; Disc. 187. To the arguments of the owner Casaregi says,—' Attamen respondebam hac nullatenus procedere inter mercato- ' res, quia de eorum universali stylo, aut consuetudine, contrarium ser- ' vatur; et sic cum jure communi iste præcipuus stylus seu mercatorum ' mos prævalere debeat, ideo cessant omnes juris regulæ quæ desuper in ' contrarium allegantur vel allegari possunt.' And he proceeds to say, that he was not only satisfied that this was the constant usage of merchants, from his own long continued practice in such cases, but from careful inquiries he had made.

Ansaldus treats of this question in the general dissertation with which he concludes his excellent work, De Commercio et Mercatura, edit. of 1751, p. 371.; and contends for a preference to mercantile usage over the rules of the common law; § 41. et seq.

matter it was found, that in foreign countries the rule of lien, as applied to moveable property, is, that 'Possession 'constitutes title;' and that persons making advances of money upon such property are not required to inquire to whom it belongs, and are fully protected for the advances they make (1).

In England, the law had, towards the middle of the last century, taken a bias against the direction which it had received both here and abroad, and which is said not to have accorded with the spirit of the former law, and indeed to have proceeded rather from an erroneous report than from the judgment of the case by which it had been supposed to to established. This was the case of Paterson against Tash, tried before Chief-Justice Lee, who is reported to have held, 'that though a factor had power to sell, and thereby bind 'his principal, yet he cannot bind or affect the property of 'the goods, by pledging them as a security for his own debt, 'though there is the formality of a bill of parcels and a 'receipt;' and so the jury found (2). This doctrine appears to have been first shaken by the authority of Lord Eldon in 1800 (3). But still the course of decisions proceeded against

(1) 'This,' the Committee says, 'may be taken to be the law of France, 'Portugal, Spain, Sardinia, Italy, Austria, Holland, the Hanse towns, 'Prussia, Denmark, Sweden, and Russia.' Report from the Select Committee on the Laws relating to Merchants, Agents, or Factors, &c. p. 20.

(2) Paterson against Tash, in 1743; 2. Strange, 1178.

(3) Sir W. Pultney against Keymer, 3. Espin. 182. Here Sir W. Pultney employed Petrie and Campbell as his agents in London for the sale of West India produce. Sugars were consigned to them, and they placed them with Keymer as a broker. He advanced money and bills on account of them to the extent of L. 18,000. Sir William gave Keymer notice not to sell, and offered indemnification for any demand or advance on account of the sugars; but he did not offer to indemnify against the acceptances. He was nonsuited by the direction of Lord Eldon, Chief-Justice, on the ground that he was bound to relieve them of the bills as well as cash, being both in the nature of charges on the goods.

the right implied in possession (1). The bad effects of this doctrine on trade were so much felt, that the House of Commons named a committee of inquiry, who, after very extensive investigations into the law and practice of trade both at home and abroad, were inclined to report,. 'that if 'no easy mode suggested itself for the alteration of the law, 'so as to remove the present inconvenience, consistent with 'other principles of our jurisprudence, it would not be un-'wise to adopt the principle of foreign laws, that "possession 'constitutes title," because, though your committee are 'aware that some frauds would be the consequence of such 'an alteration in the law, yet the great and almost universal 'benefit to be derived by trade from the removal of injurious 'restrictions, would so enormously overbalance the dis-'advantage as to render it of comparatively little importance.' It was thought better, on the whole, considerably to limit the remedy, and the statute of the 4. Geo. IV. c. 83. was the result (2). But the words of this Act were not held adequately to reach the full extent of the evil, and therefore the Act of the 6. Geo. IV. c. 94. was passed, whereby, 1. Any person intrusted for consignment or sale with goods, wares, or mer-

(1) Daubigny against Duval, 5. Term. Rep. 604. Newsom against Thornton, 6. East, 17. Martini against Coles, 1. Maule and Selw. 140.

See also Pickering against Busk, 15 East, 38. M'Combie against Davies, 6. Enst, 538.; 7. East, 5. Jolly against Rathbone, 2. Maule and Selw. 298.

(2) By this Act,

1. Persons in whose name goods shall be shipped shall be deemed the true owners, to entitle the consignees to a lien thereon, in respect of their advances, or of money or negociable securities received by the shipper, provided the consignees have no notice that the consignors are not the actual proprietors of such goods.

2. All persons may take goods or bills of lading in deposit or pledge from consignors, to the effect of acquiring only such right, and no more, than the consignee has.

3. The true owner shall have right to follow his goods, whether in the hands of his agent or of the assignees of the agent in bankruptcy, and to recover them upon paying advances secured upon them.

chandise, who shall have shipt them in his own name, or any one in whose name goods shall be shipt by another, shall be deemed the true owner, to entitle the consignee of such goods to a lien thereon for money, &c. advanced for the use of such person, as if he were the true owner; provided the consignee shall have no notice by the bill of lading or otherwise, at or before the time of advance, that such person is not the true owner, &c. 2. Persons intrusted and in possession of bills of lading, dock-warrant, warehouse-keeper's certificate, &c. shall be deemed owners, so as to give validity to any contract for sale, in whole or in part, or for the deposit or pledge thereof as a security for money, &c.; provided there is no notice by the document, &c. 3. No one is to acquire by deposit, pledge, &c. of goods in the hands of an agent or factor, for any debts or demand previously due, any further or better right, title or interest, than was possessed by such person so possessed and intrusted at the time of the pledge or deposit. 4. That all persons may contract and agree with factors, known to be such, to the effect to purchasing and paying for articles intrusted with and in possession of such factors, provided the agreement be in the ordinary course of trade, and that such person shall not at the time have notice of the factor's power to sell. 5. That goods may be taken in pledge from known agents, but only to the effect of acquiring such interest as the factor has. 6 That the true owner shall be entitled to follow and demand his goods in the hands of his agent, or of assignees in bankruptcy, on paying the advances secured upon them. 7. That agents fraudulently pledging the goods of their principals shall be deemed guilty of a misdemeanor, and on conviction subject to transportation, not exceeding fourteen years. 8. But this not to apply to a case where the factor has impledged goods only to the amount of his own right over them, provided it be not for bills accepted but not paid.

[ARTICLE 1741.]

* *Sts. Ref. C.,* } **2.** Tout agent à qui on aura confié des effets
ch. 59, *s.* 2. } et marchandises ou des documents servant à établir un droit à des effets et marchandises, sera considéré être le propriétaire de ces effets, marchandises ou documents, pour les fins suivantes, savoir :

1. Pour faire une vente ou un contrat de vente tel que mentionné dans la première clause ;

2. Donner au consignataire des effets et marchandises un privilége sur iceux pour tout argent ou garantie négociable avancé ou donné par tel consignataire à tel agent ou pour son usage, ou pour ou à l'égard de tout argent ou garantie négociable qu'il aura reçu pour l'usage de tel consignataire de la même manière que si telle personne était le véritable propriétaire de tels effets et marchandises ;

3. Pour donner de la validité à tout contrat ou marché par voie de gage, privilége ou sûreté, fait avec tel agent, tant pour emprunt, avance ou paiement fait sur la garantie des dits effets, marchandises ou documents, que pour avances subséquentes à cet égard ; et

4. Pour rendre tel contrat valable et obligatoire à l'égard du propriétaire des dits effets et marchandises et de toutes autres personnes y intéressées, nonobstant que la personne qui réclamera tel gage ou privilége ait eu avis que la personne avec laquelle tel contrat ou marché a été passé n'est simplement qu'un agent. 10, 11 V. c. 10, s. 2.

1741. Dans le cas où une personne qui a un droit de gage ou privilége sur des marchandises ou documents qui en forment le titre, ou autres valeurs négociable, pour des avances antérieures sur un con-

1741. In case any person having a valid lien and security on any goods or documents of title or negotiable security, in respect of a previous advance upon a contract with an agent, gives up the

trat avec le facteur, lui en fait remise en considération d'un droit de gage ou privilége sur d'autres marchandises, titres ou valeurs qui lui sont donnés en échange par ce facteur, pour remplacer le gage des marchandises, titres ou valeurs ainsi remis, alors ce nouveau contrat, s'il est fait de bonne foi, est réputé valable et fait en considération d'avances actuelles en argent, suivant les dispositions contenues en ce chapitre; mais le gage acquis par ce nouveau contrat, non plus que les marchandises, titres ou valeurs donnés en échange, ne peuvent excéder la valeur de ceux qui ont été libérés par l'échange.

same to such agent, upon a contract for the pledge, lien or security of other goods, or of another document or security, by such agent delivered to him in exchange, to be held upon the same lien as the goods, document or security so given up, then, such new contract, if in good faith, is deemed a valid contract, made in consideration of a present advance in money, within the provisions of this chapter, but the lien acquired under such new contract, on the goods, document or security, deposited in exchange, cannot exceed the value of the goods, document or security, so delivered up and exchanged.

---

* *Sts. Ref. C.*, *ch.* 59, *s.* 3. } Lorsque tout tel contrat ou marché pour gage sera fait en considération de la délivrance ou transport au dit agent de tous autres effets et marchandises ou documents servant à établir un droit à iceux, titres ou garanties négociables, sur lesquels la personne qui fait telle délivrance avait au temps de telle délivrance une bonne et valable garantie et un gage pour des avances antérieures en vertu de quelque contrat ou marché passé avec tel agent, tel contrat ou marché, s'il est de bonne foi de la part de la personne avec laquelle on aura contracté, sera considéré être

un contrat fait en considération d'une avance faite conformément au vrai sens et à l'intention du présent acte, mais le privilége acquis en vertu du contrat en dernier lieu mentionné, sur les effets ou documents déposés en échange, n'excèdera pas la valeur des effets, marchandises ou documents servant à établir un droit à iceux, ou de la garantie négociable qui seront délivrés et échangés. 10, 11 V. c. 10, s. 3.

1742. Ne sont valides que les contrats mentionnés en ce chapitre, et les prêts, avances et échanges faits de bonne foi et sans avis que le facteur qui les contracte n'a pas d'autorité pour ce faire, ou qu'il agit de mauvaise foi à l'égard du propriétaire des marchandises.

1742. Such contracts only are valid as are mentioned in this chapter, and such loans, advances and exchanges only are valid as are made in good faith and without notice that the agent making the same has no authority so to do, or that he is acting in bad faith against the owner of the goods.

---

* *Sts. Ref. C.*, *ch.* 59, *s.* 4. } Seront valides seulement les contrats mentionnés au présent acte, et seront valides seulement les emprunts, avances et échanges qui seront faits de bonne foi et sans avis que l'agent faisant tels contrats et marchés comme susdit n'est point autorisé à les faire, ou qu'il agit de mauvaise foi à l'encontre du propriétaire desdits effets et marchandises. 10, 11 V. c. 15, s. 4.

1743. Les prêts, avances et échanges de bonne foi, quoique faits avec la con-

1743. Loans, advances and exchanges in good faith, though made with

naissance que le facteur n'est pas le propriétaire, mais sans avis qu'il agit sans autorité, lient le propriétaire et toutes autres personnes intéressées dans les marchandises, titres ou valeurs, suivant le cas.

notice of the agent not being the owner, but without notice of his acting without authority, bind the owner and all other persons interested in the goods, documents or security, as the case may be.

---

* *Sts. Ref. C., ch.* 59, *s.* 6. } Tous les prêts, avances et échanges faits de bonne foi comme susdit, (quoique sachant que le dit agent n'est pas propriétaire, mais ignorant que tel agent agit sans autorisation) lieront le propriétaire et toutes autres personnes intéressées dans les dits effets, documents et garantie, selon le cas. 10, 11 V. c. 10, s. 4.

1744. Les dettes antérieures dues par le facteur à qui on a confié des marchandises ou documents qui en forment les titres, ne peuvent justifier l'octroi d'un privilége ou droit de gage sur telles marchandises ou titres à icelles; et tel agent ne peut se départir des ordres formels ou des pouvoirs qu'il a reçus de son principal en ce qui concerne telles marchandises.

1744. No antecedent debt owed by an agent entrusted with the possession of goods or the documents of title thereto, can be the subject of any lien or pledge of such goods or documents, nor can the agent for any purpose relating to such goods deviate from the orders or authority received from his principal.

[ARTICLE 1745]

* *Sts. Ref. C., ch.* 59, *s.* 5. } Nulle dette antérieure due par un agent agissant comme susdit, ne donnera lieu à un privilége ou gage à raison de telle dette, ni n'autorisera tel agent à se départir des ordres formels ou de l'autorisation reçus du propriéiaire. 10, 11 V. c. 15, s. 4.

1745. Tout connaissement, reçu ou ordre d'un garde-magasin ou garde-quai pour la délivrance d'effets, tout certificat d'inspection de potasse ou de perlasse, et tout document en usage dans le cours ordinaire des affaires comme faisant preuve de la possession ou droit de disposer de quelques marchandises, ou comportant une autorisation, par le moyen de l'endossement ou de la livraison, au possesseur de tel document de céder ou recevoir les marchandises représentées par tel document, est réputé un titre dans le sens des dispositions contenues en ce chapitre.

1745. Bills of lading, warehouse - keeper's or wharfinger's receipts or orders for delivery of goods, bills of inspection of potash or pearlash, and all other documents used in the ordinary course of business, as proof of the possession or control of goods, or purporting to authorize, either by endorsement or by delivery, the possessor of any such document to transfer or receive goods thereby represented, are deemed documents of title within the provisions of this chapter.

---

* *Sts. Ref. C., ch.* 59, *s.* 7. } Tout connaissement, reçu ou ordre de la part d'un garde-magasin ou d'un garde-quai pour délivrance d'effets, ou tout certificat d'inspection de potasse ou de perlasse, ou tout autre document en usage dans

le cours ordinaire des affaires comme faisant preuve de la possession des effets ou du contrôle que l'on peut avoir sur tels effets ou marchandises, ou qui autorise ou a été fait pour autoriser soit par un endossement soit par délivrance le possesseur de tel document à transporter où à recevoir les effets ou marchandises que tel document représente, sera considéré être un document servant à établir un droit à ces effets dans le sens du présent acte. 10, 11 V. c. 10, s. 5.

1746. Tout facteur porteur d'un semblable titre, soit qu'il le tienne immédiatement du propriétaire des effets, ou qu'il l'ait obtenu à raison de la possession qui lui a été confiée des marchandises ou titres à icelles, est réputé saisi de la possession des marchandises représentées par tels titres.

1746. Any agent possessed of any document of title, whether derived immediately from the owner of the goods, or obtained by reason of the agent having been entrusted with the possession of the goods, or of any document of title thereto, is deemed to be entrusted with the possession of the goods represented by such document of title.

---

* *Sts. Ref. C.*, *ch.* 59, *s.* 8. } Tout agent qui possèdera ou à qui on aura confié un tel document soit qu'il l'ait reçu immédiatement du propriétaire de tels effets et marchandises ou qu'il l'ait obtenu à cause de la possession par tel agent des dits effets et marchandises ou de tout autre document servant à établir un droit à ces effets, sera considéré comme ayant été dûment mis en la possession des effets et marchandises représentés par tel document. 10, 11 V. c. 10, s. 5.

1747. Tont contrat conférant un droit de gage ou privilége sur un document formant titre est réputé nantissement, ou constitution de privilége sur les marchandises auxquelles le titre se rapporte, et le facteur est réputé possesseur des marchandises ou titres, soit qu'ils soient actuellement sous sa garde ou qu'ils soient entre les mains d'une autre personne agissant pour lui et sujette à son contrôle.

1747. Any contract pledging or giving a lien upon any document of title, is deemed a pledge of and lien upon the goods to which it relates, and the agent is deemed the possessor of the goods or documents of title, whether the same be in his actual custody or be held by any other person for him or subject to his control.

---

* *Sts. Ref. C., ch.* 59, *s.* 9. } Tous contrats ou marchés mettant en gage ou donnant un privilége sur tel document comme susdit, seront considérés comme des gages et priviléges sur les effets auxquels ils se rapportent, et l'agent sera censé le possesseur des effets ou des documents servant à établir un droit sur iceux, soit qu'il soient actuellement sous sa garde, ou sous la garde de tout autre personne sujette à son contrôle et agissant pour lui et en son nom. 10, 11 V. c. 10, s. 5.

1748. Lorsqu'un prêt ou des avances sont faits de donne foi à un facteur nanti et en possession de marchandises ou titres, sur la foi d'un contrat par écrit pour la consignation, le

1748. When a loan or advance is made in good faith, to an agent entrusted with and in possession of goods or documents of title, on the faith of any contract in writing to con-

dépôt, le trausport ou la délivrance de telles marchandises ou titres, qui sont de fait reçus par la personne qui fait le prêt ou les avances soit au temps même du contrat ou à une époque subséquente, sans avis que le facteur n'est pas autorisé à consentir de gage ou nantissement, tels prêt ou avances sont censés faits sur le nantissement de ces marchandises ou titres, dans le sens des dispositions du présent chapitre.

sign, deposit, transfer or deliver such goods, or documents of title, and the same are actually received by the person making the loan or advance, either at the time of the contract or at a time subsequent thereto, without notice that the agent is not authorized to make the pledge or security, such loan or advance is deemed a loan or advance upon the security of the goods or documents of title within the provisions of this chapter.

---

* *Sts. Ref. C.*, *ch.* 59, *s.* 10. } Si un prêt ou avance est fait de bonne foi à un agent à qui l'on a confié, ou qui est en possession des effets, marchandises ou documents servant à établir un droit comme susdit, sur la foi d'un contrat ou marché par écrit, pour consigner, déposer, transférer ou délivrer tels effets ou documents servant à établir un droit comme susdit, et qu'iceux soient actuellement reçus par celui qui a fait le prêt ou avance, soit lors du contrat soit après, et cela, sans avis reçu que l'agent n'est pas autorisé à donner un gage ou privilége, tel prêt ou avance sera considéré comme un prêt ou avance sur la garantie des dits effets et marchandises ou documents servant à établir un droit, suivant l'esprit et l'intention de cet acte. 10, 11 V. c. 10, s. 5.

1749. Tout contrat fait soit directement avec le facteur, ou avec son commis ou autre personne de sa part, est censé un contrat fait avec tel facteur.

1749. Every contract, whether made directly with the agent or with a clerk or other person on his behalf, is deemed a contract with such agent.

* *Sts. Ref. C.*, *ch.* 59, *s.* 11. } Tout contrat fait avec l'agent lui-même, ou avec son commis ou toute autre personne en son nom, sera considéré comme un contrat fait avec tel agent. 10, 11 V. c. 10, s. 5.

1750. Tout paiement fait soit en argent, en lettres de change ou autres valeurs négociables, est censé une avance dans le sens de ce chapitre.

1750. Every payment, whether made by money, bill of exchange or other negotiable security, is deemed an advance within the provisions of this chapter.

* *Sts. Ref. C.*, *ch.* 59, *s.* 12. } Tout paiement fait, soit en argent, soit au moyen de lettres de change ou autres effets négociables, sera censé une avance suivant l'intention de cet acte. 10, 11 V. c. 10, s. 5.

1751. Tout facteur en possession de marchandises ou titres, ainsi qu'il est dit ci-dessus, est, pour les fins de ce chapitre, censé en avoir été chargé par le propriétaire, à moins de preuve contraire.

1751. Every agent in possession of goods or documents as aforesaid is for the purposes of this chapter taken to be entrusted therewith by the owner, unless the contrary is shewn in evidence.

* *Sts. Ref. C.*, *ch.* 59, *s.* 13. } Tout agent en possession d'effets et marchandises ou documents comme susdit, sera censé, pour les fins de cet acte, en avoir été mis en possession par le propriétaire, à moins que le contraire ne soit prouvé. 10, 11 V. c. 10, s. 5.

1752. Rien de contenu dans ce chapitre ne diminue ni n'affecte la responsabilité civile du facteur pour contravention à ses obligations, ou inexécution des ordres ou des pouvoirs qu'il a reçus.	1752. Nothing contained in this chapter lessens or affects the civil responsibility of the agent for the breach of any obligation, or the non-fulfilment of his orders or authority.

---

* *Sts. Ref. C.*, *ch.* 59, *s.* 14. } Rien de contenu dans le présent acte ne diminuera, ne changera ou n'affectera la responsabilité civile d'un agent pour avoir manqué à son devoir ou engagement, ou n'avoir pas suivi ses ordres ou autorisation relativement à tel contrat, marché, privilége ou gage comme susdit. 10, 11, V. c. 10, s. 6.

1753. Nonobstant ce qui est contenu dans les articles qui précèdent, le propriétaire peut en tout temps, avant qu'ils soient vendus, racheter les marchandises ou titres mis en gage comme il vient d'être dit, en remboursant le montant ou en restituant	1753. Notwithstanding any of the foregoing articles, the owner may redeem any goods or documents of title pledged as aforesaid, at any time before the same have been sold, upon repayment of the amount of the lien thereon, or restoration of

les valeurs pour lesquelles ils sont engagés, et en payant au facteur les deniers pour sûreté desquels ce facteur a droit de retenir les marchandises et titres par privilége à l'encontre du propriétaire ; ou bien il peut recouvrer de la personne à qui les marchandises ou titres ont été donnés en gage ou qui y a un privilége tout reliquat de deniers restant entre ses mains sur le produit des marchandises, déduction faite du montant assuré par le contrat.

the securities in respect of which the lien exists, and upon payment or satisfaction to the agent, of any sum of money for or in respect of which such agent is entitled to retain the goods or documents by way of lien against such owner; or he may recover from the person with whom any goods or documents have been pledged, or who has any lien thereon, any balance or sum of money remaining in his hands as the produce of the sale of the goods, after deducting the amount of the lien under the contract.

---

* *Sts. Ref. C.*, *ch.* 59, *s.* 20. } Rien de contenu dans le présent acte n'empêchera le propriétaire d'avoir le droit de recouvrer ses effets, marchandises ou documents servant de titre à iceux, mis en gage comme susdit, en tout temps avant la vente de tels effets et marchandises, sur le remboursement du montant du gage ou le rétablissement des garanties en vertu desquelles tel gage existe, et sur le paiement à tel agent, s'il le requiert, d'une somme d'argent pour laquelle tel agent aurait en loi le droit de retenir les dits effets et marchandises ou documents ou partie d'iceux comme gage de la même manière que contre le propriétaire ; ni n'empêchera le propriétaire de recouvrer de la personne en faveur de laquelle tels effets et marchandises ou documents sont mis en gage, ou qui aura un tel privilége sur iceux comme susdit,

toute balance ou somme d'argent qui restera entre ses mains comme produit de la vente de tels effets et marchandises, après déduction faite du montant du gage. 10, 11 V. c. 10, s. 8.

1754. Dans le cas de faillite du facteur, et dans le cas du rachat des marchandises par le propriétaire, ce dernier est censé, quant aux deniers qu'il a payés pour le compte du facteur sur ce rachat, les avoir payés pour le compte de ce facteur avant sa faillite; ou, si les marchandises n'ont pas été ainsi rachetées, le propriétaire est considéré comme un créancier du facteur pour la valeur des marchandises ainsi données en gage, du jour du nantissement; et dans l'un ou l'autre cas, il peut faire valoir ou opposer en compensation, la somme ainsi payée, ou la valeur des marchandises, suivant le cas.

1754. In case of the bankruptcy of any agent, and in case the owner of the goods redeem the same, he is held, in respect of the sum paid by him on account of the agent for such redemption, to have paid the same for the use of such agent before his bankruptcy, or in case the goods have not been so redeemed, the owner is deemed a creditor of the agent for the value of the goods so pledged at the time of the pledge, and may in either case claim or set off the sum so paid, or the value of such goods as the case may be.

---

* *Sts. Ref. C.*, *ch.* 59, *s.* 21. } Dans le cas de banqueroute de la part de tel agent, et dans le cas où le propriétaire des effets et marchandises les recouvrerait, il sera considéré quant à la somme payée par lui à l'acquit de tel agent pour tel rachat avoir payé telle somme pour l'usage de tel agent avant sa banqueroute, ou dans le cas où ces effets et marchandises n'auraient pas été ainsi recouvrés, le propriétaire sera consi-

-déré être le créancier de tel agent pour le montant de la valeur des effets et marchandises ainsi mis en gage, au temps qu'ils l'auront été et aura le droit, s'il le juge à propos, dans ces deux cas, de prouver qu'il a payé la somme, ou de plaider compensation, ou la valeur des dits effets et marchandises, suivant le cas. 10, 11 V. c. 10, s. 8.

CHAPITRE SIXIÈME.

DE L'EXTINCTION DU MANDAT.

1755. Le mandat se termine :

1. Par la révocation ;
2. Par la renonciation du mandataire ;
3. Par la mort naturelle ou civile du mandant ou du mandataire ;
4. Par l'interdiction, la faillite ou autre changement d'état par suite duquel la capacité civile de l'une ou de l'autre des parties est affectée ;
5. Par l'extinction du pouvoir dans le mandant ;
6. Par l'accomplissement de l'affaire, ou l'expiration du temps pour lequel le mandat a été donné ;
7. Par autres causes d'extinction communes aux obligations.

CHAPTER SIXTH.

OF THE TERMINATION OF MANDATE.

1755. Mandate terminates :

1. By revocation;
2. By the renunciation of the mandatary ;
3. By the natural or civil death of the mandator or mandatary;
4. By interdiction, bankruptcy, or other change in the condition of either party by which his civil capacity is affected;
5. By the cessation of authority in the mandator ;
6. By the accomplishment of the business or the expiration of the time for which the mandate is given ;
7. By other causes of extinction common to obligations.

[ARTICLE 1755.]

* *C. N.* 2003. } Le mandat finit :
Par la révocation du mandataire,

Par la renonciation de celui-ci au mandat,

Par la mort naturelle ou civile, l'interdiction ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire.

---

* *Cod. Mand. vel contra, Liv.* 4, *Tit.* 35, *L.* 15. } Mandatum re integra domini morte finitur. (DIOCLET. et MAXIMIAN.).

Ibidem. Trad. de M. P. A. Tissot. } Le mandat est entièrement anéanti par la mort du mandant. (DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN).

---

* *ff. De mand. vel contr., Liv.* 17, *Tit.* 1, *L.* 12, § 16, *LL.* 26, 27, § 3. } *L.* 12, § 16. Si mandavero *exigendam pecuniam*, deindè voluntatem mutavero, an sit mandati actio vel mihi, vel heredi meo ? Et ait Marcellus, cessare mandati actionem, quia extinctum est mandatum finita voluntate. Quod si mandaveris exigendam, deindè prohibuisti, exactamque recepisti, debitor liberabitur. (ULPIANUS).

L. 26. Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est : nam mandatum solvitur morte. Si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Julianus quoque scripsit, mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare. (PAULUS).

L. 27, § 3. Morte quoque ejus cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum : et ob id heres ejus, licet exsecutus fuerit mandatum, non habet mandati actionem. (GAIUS).

Ibidem, Trad. de M. Hulot. } *L.* 12, § 16. Si un particulier, après en avoir chargé un autre d'exiger de son débiteur une somme en son nom, a ensuite changé de volonté, conserve-t-il l'action du mandat, et la transmet-il à son héritier ? Marcellus décide que l'action du mandat cesse d'avoir lieu ; parce que l'obligation est éteinte par le changement de volonté. Si cependant, après avoir chargé de recevoir cette

somme, on défend de l'exiger, et que malgré la défense, le mandataire s'en soit fait payer, et l'ait remise au mandant, le débiteur sera libéré. (ULPIEN).

L. 26. La mort du mandant peut aussi être mise au rang des justes raisons d'abandonner un mandat : car le mandat finit par la mort. Si cependant le mandat avoit été rempli, parce que la mort n'auroit pas été connue, l'action du mandat auroit lieu. C'est ce qui fait dire à Julien que le mandat finit par la mort du mandant, mais que l'obligation s'étend quelquefois au delà. (PAUL).

L. 27, § 3. Le mandat finit aussi par la mort de celui qui s'en est chargé, si les choses sont encore entières ; ainsi l'héritier qui auroit même exécuté le mandat, n'auroit point l'action à laquelle cette obligation donne lieu. (GAIUS).

Voy. *C. C. B. C.*, art. 1138 ; *Pothier*, Mandat, nº 33 et s., cité sur art. 1709 ; *Domat*, cité sur art. 1728.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Mandat*, *nº* 100 *et s.* } 100. Le mandat finit de plusieurs manières, par la mort du mandataire, par celle dn mandant, par son changement d'état, par la cessation de son pouvoir, par la révocation que le mandant fait du mandat, par la répudiation que le mandataire fait du mandat dans les cas auxquels il lui est permis de s'en déporter (1).

§ I. *De la mort du mandataire.*—101. Le mandat finit par la mort du mandataire : *Morte ejus cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum ;* L. 27, § 3, ff. *Mand.*

La raison du principe est puisée dans la nature du mandat. Le mandat a pour fondement la confiance que le mandant a dans la personne du mandataire. Cette confiance, étant attachée à la personne du mandataire, ne passe pas aux héritiers ;

(1) V. art. 2003, C. civ. (BUGNET).

et par conséquent le pouvoir qui a été accordé par le mandant au mandataire, de gérer l'affaire qui lui a été confiée par le mandat, étant fondé sur cette confiance qu'avait le mandant dans la personne du mandataire, ce pouvoir doit finir par la mort du mandataire, et ne peut passer à ses héritiers.

Par exemple, si j'avais chargé Pierre de m'acheter une certaine maison, et que Pierre, mon mandataire, étant mort avant de l'avoir achetée, son héritier se fût ingéré d'acheter pour moi cette maison ; quand même il l'aurait achetée aux conditions portées par le mandat que j'avais donné à Pierre, et même à des conditions encore plus avantageuses, je ne serais pas plus obligé de ratifier cet achat, que si je n'avais jamais donné ordre de l'acheter ; car le mandat que j'ai donné à Pierre pour l'acheter, est fini par la mort de Pierre, et ne passe pas à ses héritiers. C'est pourquoi la loi ajoute : *Et ob id hæres ejus* (mandatarii), *licèt exsecutus fuerit mandatum, non habet mandati actionem ; eod.* § 3.

Observez que la loi dit : *si integro adhuc mandato decesserit :* car, si le mandataire avait déjà de son vivant commencé à exécuter le mandat ; outre que son héritier succéderait à son obligation de rendre compte de ce qui a été fait, il serait tenu d'achever ce que le défunt mandataire a commencé ; et le mandant serait tenu de rembourser non-seulement les déboursés faits par le mandataire, mais pareillement ceux faits par l'héritier du mandataire, en exécution de ce que le mandataire aurait commencé (1).

Par exemple, si quelqu'un s'est rendu caution pour moi par mon ordre, je suis tenu de rembourser non-seulement ce que ce mandataire, mais pareillement ce que son héritier a payé en exécution de ce cautionnement : *Hæredem fidejussoris, si solverit, habere mandati actionem dubium non est ;* L. 14, ff. *eod. tit.*

Suivant ces principes, si j'ai prié un ami que j'ai en Hol-

(1) V. art. 2010, C. civ. (Bugnet).

lande, de m'y faire une emplète de certains livres, et de me les envoyer ici à Orléans ; si ce mandataire est mort après les avoir achetés, et avant de me les avoir envoyés, son héritier sera tenu de me les envoyer ; et je serai tenu de mon côté de le rembourser des frais de l'envoi comme de ceux de l'achat : car l'envoi est une suite nécessaire de l'achat que le mandataire avait fait de ces livres en exécution du mandat.

En cela l'héritier du mandataire est semblable à l'héritier d'un associé. Quoique, dans le contrat de société, l'héritier de l'associé ne succède pas plus à la société que l'héritier du mandataire au mandat, néanmoins cet héritier doit terminer ce qui est une suite nécessaire de ce qui a été commencé par le défunt : *Quæ per defunctum inchoata sunt, per hæredem explicari debent ;* L. 40, ff. *Pro socio.*

102. Lorsque plusieurs mandataires ont été chargés d'une affaire pour en faire la gestion conjointement, la mort de l'un d'eux éteint entièrement le mandat : mais si par la procuration chacun d'eux a le pouvoir de faire seul l'affaire, la mort de l'un des mandataires n'empêche pas que le mandat ne continue de subsister dans les mandataires survivants.

§ II. *De la mort du mandant.* — 103. Le mandat s'éteint par la mort naturelle ou civile du mandant, qui survient avant que le mandataire l'ait exécuté : *Mandatum re integrâ, morte domini finitur ;* L. 15, Cod. *Mand.*

Par exemple, si je vous ai chargé de m'acheter une certaine chose, le pouvoir que je vous ai donné cesse par ma mort, et mes héritiers ne seraient pas obligés de prendre pour leur compte l'achat que vous en feriez depuis ma mort.

Ce principe est puisé dans la nature du contrat de mandat. Le mandant, par ce contrat, charge le mandataire de faire quelque chose en sa place ; *vice versâ*, le mandataire, en exécutant le mandat, prête son ministère au mandant, qui est censé faire par le ministère de son mandataire ce qui est porté par le mandat : or le mandataire ne peut plus prêter son ministère au mandant qui est mort ; il ne peut donc plus exécuter le mandat après la mort du mandant.

Lorsque le mandant est absent de longue absence, et que n'y ayant eu aucunes nouvelles de lui pendant un temps considérable, ses héritiers présomptifs se sont fait mettre par le juge en possession de ses biens ; quoiqu'il soit, en ce cas, incertain si le mandant est mort ou vivant, néanmoins le jugement qui a mis ses parents en possession de ses biens, éteint le mandat, comme l'aurait éteint la mort du mandant ; et le mandataire doit rendre compte de sa gestion aux parents qui ont été mis en possession des biens du mandant, comme il eût été obligé de le rendre à ses héritiers.

104. Lorsqu'un tuteur, en sa qualité de tuteur, a chargé quelqu'un d'une affaire de son mineur ; si ce tuteur, qui a donné la procuration, vient à mourir, sa mort, survenue *re integrâ*, éteint-elle le mandat ?

Pour la négative, on dit que le fait du tuteur est le fait du mineur. Suivant ce principe, dit-on, lorsque le tuteur, en sa qualité de tuteur, vous a chargé de l'affaire de son mineur, c'est comme si le mineur lui-même, par le ministère de son tuteur, vous en avait chargé.

On doit donc considérer, en ce cas, le mineur comme étant lui-même le mandant ; et par conséquent, quoique le tuteur vienne à mourir, tant que le mineur vit, le mandat paraît devoir subsister ; parce que le mineur étant réputé être lui-même le mandant, tant qu'il vit, on ne peut pas dire que le mandat est éteint par la mort du mandant.

Nonobstant ces raisons, on doit décider que le mandat finit, dans ce cas, par la mort du tuteur ; car, lorsque le tuteur charge un mandataire de faire une affaire dépendant de sa tutelle, c'est pour que ce mandataire fasse pour lui et en sa place cette affaire qu'il était obligé de faire : le mandataire l'a faite tellement à la place du tuteur qui l'en a chargé, que le tuteur est obligé de rendre compte à son mineur de cette gestion, comme s'il l'eût faite lui-même. C'est donc le tuteur qui est le mandant ; c'est à lui que le mandataire prête son ministère : d'où il suit que ce mandat doit s'éteindre par la mort du tuteur.

Il a été jugé, suivant ce principe, par un arrêt rapporté par Louet, let. C, ch. 27, que le pouvoir d'un procureur *ad lites* finissait par la mort du tuteur qui l'avait constitué pour une affaire de son mineur.

105. On doit, par la même raison, décider que, lorsqu'un procureur ayant pouvoir de substituer, a substitué quelqu'un pour la gestion d'une affaire dont il s'était chargé, le mandat de ce substitué s'éteint et finit par la mort du procureur qui l'a substitué : car le procureur étant comptable de la gestion de son substitué, c'est pour lui et en sa place que ce substitué gère ; il est le mandant de ce substitué.

Il faudrait décider autrement si la procuration que j'ai donnée à mon mandataire portait qu'au cas qu'il ne pût pas faire l'affaire, il pourrait substituer *un tel.* Ce tel n'étant point du choix de mon procureur, mais du mien, c'est moi qui suis censé l'avoir directement établi mon mandataire ; mon procureur n'est censé avoir fait autre chose que de m'avoir prêté son ministère pour l'établir mon mandataire. Il n'est pas le mandataire de mon procureur, qui n'est pas comptable de la gestion de ce substitué : ce substitué est directement mon mandataire, et c'est moi qui suis le mandant ; et par conséquent le mandat de ce substitué ne finit pas par la mort de mon procureur.

106. Quoique le mandat s'éteigne par la mort du mandant, néanmoins si le mandataire, ignorant la mort du mandant, avait de bonne foi fait l'affaire dont il avait été chargé, les héritiers ou autres successeurs universels du mandant seraient obligés de l'en indemniser, et de ratifier ce qu'il a fait (1).

Par exemple, si Pierre m'a chargé de lui acheter une certaine chose, et que croyant exécuter son mandat, j'en aie fait l'achat depuis sa mort, qui n'était pas encore parvenue à ma connaissance, ses héritiers ne pourront pas me laisser cet achat pour mon compte, et j'aurai contre eux l'action *con-*

(1) V. art. 2008 et 2009, C. civ. (BUGNET).

traria mandati, pour m'en faire indemniser par eux : *Si per ignorantiam impletum est* (mandatum), *competere actionem utilitatis causâ dicitur ;* L. 26, ff. *Mand.*

La raison est que le mandant s'est obligé par le contrat de mandat à indemniser le mandataire de ce qu'il lui en coûterait pour s'être chargé du mandat ; et quoique le mandat finisse par la mort du mandant, cette obligation que le mandant a contractée, passe aux héritiers du mandant : or, ils ne satisferaient pas à cette obligation, s'ils n'indemnisaient pas le mandataire de ce qu'il lui en a coûté, en croyant de bonne foi exécuter le mandat dont il s'était chargé, et qu'il ignorait être fini par la mort du mandant, qui n'était pas parvenue à sa connaissance.

C'est en ce sens qu'Ulpien dit : *Mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur ;* L. 58, ff. *eod. tit.*

Paul dit pareillement après Julien : *Mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare, eâd.* L. 26.

107. Il peut néanmoins y avoir des cas auxquels le mandataire, quoiqu'il ait connaissance de la mort du mandant, non-seulement peut, mais doit faire l'affaire dont il s'est chargé, savoir : lorsque c'est une affaire instante qui n'est susceptible d'aucun retardement, et qui ne peut être faite que par ce mandataire, les héritiers n'étant pas sur le lieu. On peut apporter pour exemple le cas auquel m'étant chargé de faire la vendange de mon ami, j'apprendrais sa mort dans un temps où la vendange ne peut pas se différer, les vendanges étant déjà ouvertes dans le pays, et où je ne serais pas à temps d'en avertir ses héritiers, qui demeurent à trente ou quarante lieues de là.

108. Le principe que nous avons établi, "que le mandat finit par la mort du mandant," reçoit nécessairement exception lorsque l'affaire qui en est l'objet, est de nature à ne devoir se faire qu'après sa mort, comme dans les espèces de la loi 12, § 17, et de la loi 13 (1).

(1) *Ut post mortem sibi monumentum fieres — Ut post mortem hæredibus meis emeres fundum.* (Bugnet).

109. Le principe " que le mandat finit par la mort du mandant," reçoit encore une exception à l'égard des préposés à une maison de commerce ou à un bureau de finances. *Voy.* notre *Traité des Obligations*, nº 448.

110. Despeisses, après Tiraqueau, fait aussi une exception à l'égard des mandements faits pour cause pieuse ; mais ces priviléges de cause pieuse ne sont plus aujourd'hui en usage.

§ III. *Du changement d'état du mandant.*— 111. Le changement d'état qui survient dans la personne du mandant avant que le mandataire ait exécuté le mandat, n'éteint pas moins le mandat, que la mort du mandant qui serait survenue.

Il y a même raison. Par exemple, lorsque le mandant est une femme, qui depuis s'est mariée, et a passé sous la puissance d'un mari ; ou lorsque c'est une personne qui depuis a été interdite, et a passé sous la puissance d'un curateur ; ces personnes, au moyen de leur changement d'état, étant devenues incapables de faire, sans l'autorité de leur mari ou de leur curateur, l'affaire dont elles ont chargé leur mandataire, le mandataire ne peut plus la faire pour elles et à leur place, jusqu'à ce que la procuration ait été renouvelée par le mari ou par le curateur.

Lorsque le mandataire a exécuté le mandat avant que le changement d'état du mandant fût parvenu à sa connaissance, il faut décider comme dans le cas auquel il l'a exécuté avant que la mort du mandant fût parvenue à sa connaissance. Voyez *suprà*, nº 106.

Les autres exceptions que nous avons apportées dans le paragraphe précédent, au principe de l'extinction du mandat par la mort du mandant, pour le cas auquel l'affaire est urgente, et pour le cas des préposés à une maison de commerce ou à un bureau de finance, reçoivent pareillement application au principe de la révocation du mandat par le changement d'état du mandant, et elles en sont pareillement des exceptions.

§ IV. *De l'extinction du mandat par la cessation du pouvoir du mandant.*—112. Lorsqu'une personne qui a qualité et pou-

voir pour gérer les affaires d'autrui, charge quelqu'un de faire pour lui quelqu'une desdites affaires, le mandat qui intervient entre ces personnes, finit et s'éteint lorsque le pouvoir qu'avait le mandant de gérer l'affaire dont il a chargé son mandataire, vient à cesser.

Par exemple, si le tuteur a donné procuration à quelqu'un pour recevoir ce qui était dû à son mineur, ou s'il a constitué un procureur dans une instance qu'il avait pour son mineur, la tutelle étant depuis finie, *putà*, par la majorité du mineur, le mandat ou la procuration que le tuteur a donnée, finit : car le procureur du tuteur tenant son pouvoir du tuteur son mandant, le pouvoir de ce procureur ne peut durer que tant que dure celui du tuteur : ce procureur du tuteur ne peut plus faire valablement, *vice mandantis*, ce que son mandant ne pourrait plus faire valablement lui-même.

Il faut dire la même chose du mandat donné par un curateur à un interdit, lorsque sa curatelle vient par la suite à finir, *putà*, lorsque l'interdit s'est fait relever de son interdiction (1).

Il faut dire la même chose du mandat donné par un procureur qui avait pouvoir de substituer : si le pouvoir de ce procureur qui a donné le mandat vient à finir, soit par la mort de celui qui lui avait donné procuration, soit par la révocation de sa procuration, le pouvoir du substitué doit aussi cesser.

Il y a même raison dans tous ces cas.

§ V. *De la révocation du mandat.*— 113. Le mandat s'éteint par la révocation qu'en fait le mandant : *Extinctum est mandatum finitâ voluntate* (2) ; L. 12, § 16, ff. *Mand.*

Régulièrement il n'y a que le mandant lui-même qui puisse révoquer son mandat ; son procureur qu'il a établi au gouvernement général de toutes ses affaires, ne peut révo-

(1) Les interdits sont aujourd'hui en tutelle. (BUGNET).

(2) V. art. 2004, C. civ. (BUGNET).

quer un mandat spécial qui a été donné à un autre pour une certaine affaire.

Néanmoins si le procureur général avait de justes raisons qui ne fussent pas connues du mandant, pour défendre au mandataire particulier d'exécuter le mandat, il pourrait lui défendre de l'exécuter, en lui déclarant que c'est pour telle et telle raison ; et le mandataire y devrait déférer jusqu'à ce que le mandant eût été instruit de ces raisons, et eût déclaré que, nonobstant ces raisons, il persistait dans son mandat. On peut tirer en argument pour cette décision la loi 30, *Mand.*

114. Pour que le mandat soit censé révoqué, il n'est pas absolument nécessaire que la révocation soit expresse ; il y a de certains faits qui la font présumer. Ulpien en rapporte un exemple : Lorsque quelqu'un, après avoir chargé d'une affaire un premier mandataire, a depuis chargé de cette même affaire une autre personne, il est par cela seul suffisamment présumé avoir révoqué son premier mandat : *Eum qui dedit diversis temporibus procuratores duos, posteriorem dando, priorem prohibuisse videri* (1) ; L. 31, § *fin.* ff. *de Procur.*

Cette présomption doit-elle avoir lieu lorsque la seconde procuration est nulle, *putà*, parce qu'elle a été passée à une personne que le mandant croyait vivante, et qui était déjà morte ; ou parce que celui à qui elle a été passée, n'a pas voulu l'accepter ?

Je pense que la première procuration n'en doit pas moins être présumée révoquée ; car, quoique la seconde procuration n'ait pas eu d'effet, il n'en est pas moins vrai que le mandant a eu la volonté de donner la gestion de l'affaire qui en faisait l'objet, à un autre qu'à celui à qui il l'avait donnée par sa première procuration ; et cette volonté de la donner à un autre suppose celle de l'ôter à son premier mandataire. C'est par une semblable raison que les lois décident que, lorsqu'un testateur, après avoir, par une première disposition testamentaire, légué une chose à une personne, avait, par

(1) V. art 2006, C. civ. (même décision.) (BUGNET).

une disposition postérieure, transféré ce legs à une autre ; quoique la seconde disposition fût nulle, *putà*, parce que la personne au profit de qui elle était faite, en était incapable, la première disposition ne laisse pas d'être présumée révoquée par la seconde ; L. 34, ff. *de Leg.* 1°; L. 8, ff. *de Adim. leg.;* L. 78, § 10, ff. *ad Sc. Trebell.*

Ce sentiment que nous avons embrassé est celui de Menoch. *de Præsumpt. lib.* 2, *cap.* 37 ; de Balde, et des autres docteurs par lui cités.

115. La présomption de la révocation d'une première procuration, qui naît d'une seconde procuration donnée à un autre, a surtout lieu lorsque les deux procurations sont l'une et l'autre des procurations spéciales qui ont pour objet la même affaire.

Pareillement, lorsque l'une et l'autre sont des procurations générales, la première doit être présumée révoquée par la seconde.

Lorsque la première est générale, et la seconde est spéciale, la première peut être présumée révoquée quant à l'affaire qui fait l'objet de la seconde, suivant cette règle de droit, *In toto jure generi per speciem derogatur ;* L. 80, ff. *de Reg. jur.*; mais elle continue de subsister pour toutes les autres affaires du mandant.

Lorsque la première procuration est une procuration spéciale pour une certaine affaire, elle n'est pas présumée révoquée par une procuration générale donnée à un autre ; elle ne suppose point dans le mandant la volonté de révoquer la première. C'est l'avis de Ménoch. *dicto loco.*

116. Comme ce n'est que par la présomption de la volonté du mandant que le premier mandat est éteint par un second, dans lequel un autre aurait été chargé de la même affaire, le premier mandat ne sera pas éteint, s'il y a des circonstances contraires à cette présomption, qui fassent connaître que la volonté du mandant a été de charger de l'affaire les deux mandataires, pour qu'elle pût se faire par l'un ou par l'autre.

117. Les docteurs agitent la question, si une première pro-

curation est révoquée par une seconde passée à la même personne ?

Ils conviennent tous que, lorsque la seconde ne contient rien de différent de la première, *quum secundum mandatum non habet diversam formam à primo, sed idem omnino continet*, la seconde, en ce cas, ne révoque pas la première ; elle en est une confirmation superflue, et le mandataire peut se servir de l'une ou de l'autre.

Lorsque la seconde procuration ne contient qu'une partie des affaires dont le même mandataire avait été chargé par la première, en ce cas, la première procuration paraît devoir être présumée révoquée par la seconde, pour les affaires qui ne sont pas comprises dans cette seconde procuration ; à moins que le mandant n'ait déclaré, par une clause de la seconde procuration, " qu'il n'entendait au surplus déroger à la première ", ou qu'il n'ait fait d'ailleurs connaître à cet égard sa volonté d'y persister.

Lorsque la seconde procuration, quoique précisément pour la même affaire qui faisait l'objet de la première, prescrit des conditions différentes de celles de la première ; comme, par exemple, si, par une première procuration, j'avais donné pouvoir purement et simplement à mon mandataire, " de transiger pour moi sur un procès que j'avais, à telle conditions qu'il jugerait à propos " ; si, par la seconde, je donne pouvoir à ce même mandataire " de transiger de cette affaire, en prenant pour cet effet le conseil d'un tel avocat " ; *aut vice versâ*, si la première procuration prescrivait de *prendre conseil*, et que la seconde n'imposât pas cette condition ; ou si, par une première procuration, j'ai donné pouvoir à quelqu'un " d'acheter pour moi une certaine chose, pour un certain prix ", et que par la seconde j'aie donné pouvoir au même mandataire " d'acheter pour moi la même chose, pour un prix différent, ou moindre, ou plus grand " ; Menochius pense qu'en ces cas, et autres semblables, la première procuration doit être présumée révoquée par la seconde.

Je penserais qu'elle n'est pas révoquée, mais qu'elle est

seulement modifiée, et que les obligations respectives contractées par l'acceptation de la première procuration, subsistent, et ne sont pas détruites par la seconde ; sauf que le mandataire, dans la gestion qu'il fera depuis la seconde procuration, sera tenu de se conformer aux conditions prescrites par cette seconde procuration, et sera dispensé de s'assujettir à celles prescrites par la première, qui ne l'ont pas été par la seconde (1).

118. Les docteurs rapportent plusieurs autres faits qui font présumer la révocation du mandat.

Par exemple, lorsqu'un marchand, après avoir quitté le commerce, ayant un grand nombre de dettes de son commerce à recouvrer, a chargé de ce recouvrement un mandataire à qui il avait pour cet effet remis tous ses registres, et toutes les pièces nécessaires pour ce recouvrement ; si le mandant a depuis envoyé retirer de chez son mandataire tous lesdits registres et pièces, ce fait doit faire présumer la révocation du mandat, quoique en les envoyant retirer, le mandant ne lui ait pas fait dire expressément qu'il le révoquait ; Brunneman, *dicto loco.*

119. Lorsqu'une personne qui devait partir pour un long voyage, a donné procuration à quelqu'un pour gérer ses affaires ; quoique, la procuration ne porte aucune limitation de temps, néanmoins on presume qu'il ne l'a donnée que pour le temps de son absence ; et son retour fait présumer la révocation de la procuration, à moins que cette présomption ne fût détruite par une présomption contraire, telle que celle qui résulterait de ce que le mandataire, depuis le retour du mandant, aurait continué de gérer au vu et au su du mandant, qui l'aurait souffert ; (Brunneman, *dicto loco*) : car, de même qu'une telle gestion fait présumer un mandat tacite, lorsqu'il n'y a pas eu de procuration (*suprà*, n° 29), elle doit

(1) Autant vaudrait dire que la seconde procuration remplace la première, car les obligations des parties seront déterminées par la seconde procuration et non pas la première qui, en réalité, ne subsiste plus. (BUGNET).

par la même raison faire présumer dans notre espèce que la procuration n'a pas été révoquée par le retour du mandant.

120. Les faits qui sont de nature à détruire entièrement la confiance que le mandant avait en la personne du mandataire, font aussi facilement présumer une révocation tacite du mandat ; comme lorsque le mandataire a fait banqueroute, ou lorsqu'il a été rendu contre lui un jugement infamant pour quelque friponnerie, ou enfin lorsqu'il est survenu de grandes inimitiés entre le mandant et le mandataire ; Brunneman, *dicto loco.*

121. Pour que la révocarion du mandat éteigne le mandat, il faut que l'acte portant cette révocation, ou les faits qui la font présumer, soient parvenus ou puissent être censés parvenus à la connaissance du mandataire ; autrement elle n'a aucun effet, et ce que le mandataire a fait avant que d'avoir eu connaissance de la révocation, oblige le mandant : *Si tibi mandassem ut fundum emeres, posteà scripsissem ne emeres ; tu, antequam scias me vetuisse, emisses ; mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is qui mandatum suscepit ;* L. 15, ff. *Mand.*

Dès que la connaissance de la révocation du mandat est parvenue au mandataire, le mandat est éteint, si la chose est entière, et le mandataire ne peut plus dès lors, en faisant ce qui est porté par le mandat, obliger envers lui le mandant.

Mais si le mandataire révoqué ne peut avoir, en ce cas, l'action *mandati contraria*, ne peut-il pas avoir quelquefois l'action *negotiorum gestorum ?*

C'est ce que nous examinerons *infrà*, en traitant du quasi-contrat *negotiorum gestorum.*

Si la chose n'était plus entière lorsque la connaissance de la révocation du mandat est parvenue au mandataire, qui avait déjà commencé la gestion, il peut, quoique révoqué, faire ce qui est une suite nécessaire de ce qu'il avait commencé, et il oblige à cet égard le mandant.

Quoique le mandataire révoqué, qui a connaissance de la révocation de sa procuration, ne puisse, en faisant ce qui est

porté par la procuration, obliger envers lui le mandant, il peut obliger ce mandant envers des tiers avec lesquels il contracterait comme fondé de la procuration qu'il leur exhiberait, si ces tiers n'avaient pas connaissance de la révocation ; sauf au mandant son recours contre ce mandataire, pour en être indemnisé (1).

Par la même raison, les paiements faits au mandataire révoqué par les débiteurs du mandant, auxquels il a exhibé la procuration, et qui en ignorent la révocation, sont valables ; c'est pourquoi il est à propos que le mandant notifie à ses débiteurs cette révocation. *Voyez* notre *Traité des Obligations*, nº 474.

§ VI. *De la répudiation du mandat par le mandataire.*—122. Sur les cas auxquels il est permis au mandataire de se déporter du mandat, et d'éteindre par ce moyen le mandat (2) ; *Voyez* ce que nous en avons déjà dit *suprà*, ch. 2, art. 1.

---

* *Clamageran, Du Louage, Mandat, etc., p.* 298 *et s.* } SEC. I. CAUSES D'EXTINCTION. — Elles sont au nombre de cinq :

1° La révocation par le mandant ;

2° La renonciation par le mandataire ;

3° La mort naturelle ou civile de l'un ou de l'autre ;

4° Leur changement d'état ;

5° La cessation des pouvoirs du mandant.

§ 1. RÉVOCATION PAR LE MANDANT.—332. *Motifs.*—" Il ne faut pas perdre de vue (dit M. Bertrand de Greuille, orateur du Tribunat au Corps législatif) que la *volonté* et la *confiance* sont les premiers mobiles du contrat de mandat."

Tels sont les motifs véritables de la révocabilité du mandat. Sans doute, cette révocabilité, dans l'origine, a pu avoir pour cause le principe de la gratuité ; mais aujourd'hui que le Code proclame lui-même l'existence du mandat salarié,

(1) V. art. 2005, Code civil, même décision. (BUGNET).

(2) V. art. 2007, C. civ., p. 186, note 1. (BUGNET).

cette cause est devenue insuffisante. Le droit de révocation subsiste, parce que la confiance est, en quelque sorte, l'âme du mandat ; parce que l'objet du mandat, c'est un acte juridique, c'est-à-dire un fait qui nous lie envers des tiers, et qui peut compromettre les plus graves intérêts ; parce que tout acte juridique suppose le consentement des parties, et que la nécessité de ce consentement exige, dans la personne de celui au nom de qui il est fait, une persistance de volonté qui dure jusqu'au moment où l'acte est accompli ; d'où il suit que cet acte ne saurait s'accomplir d'une façon régulière, du jour où il y a eu changement de volonté. Cette idée, je le sais, n'est pas en harmonie avec la doctrine des professions libérales ; car un travail quel qu'il soit, physique ou intellectuel, n'est jamais qu'un simple fait qui n'entraîne point d'obligations, et qui, dès lors, n'exige pas cette persistance de volonté dont nous parlions tout à l'heure ; mais tout cela résulte du système adopté par les rédacteurs du Code, et nous y trouvons un nouvel argument contre les jurisconsultes qui prétendent que toute profession libérale constitue nécessairement un mandat.

La révocabilité n'est pas toujours inhérente au mandat ; mais alors c'est que le mandat lui-même revêt une nouvelle nature ; cela arrive lorsqu'il se présente comme condition d'un autre contrat (par exemple, le mandataire d'une société), ou bien dans le cas tout spécial de la *procuratio in rem suam* (par exemple, la délégation d'un débiteur). Dans ce dernier cas, le mandataire agit bien au nom, mais non plus pour compte du mandant ; il est tout simple dès lors que le mandat soit irrévocable.

333. *Modes de révocation.*—La révocation peut être expresse ou tacite : expresse, par une notification verbale ou écrite ; tacite, par un acte quelconque dont l'esprit ne saurait se concilier avec la permanence du mandat. L'art. 2006 nous indique un exemple de révocation tacite ; c'est le cas où un nouveau mandataire a été constitué dans la même affaire ; il faut ajouter qu'il en est ainsi, seulement s'il résulte des circon-

stances que le mandant a voulu remplacer le mandataire primitif et non lui adjoindre un collaborateur.

334. *Notification.* — Vis-à-vis les tiers, la simple notification de la révocation faite au mandataire ne suffit pas ; il faut qu'ils aient eux-mêmes connaissance de cette révocation.— Suffira-t-il pour cela du retrait de l'acte de procuration ? Ce retrait peut être, en effet, exigé par le mandant aux termes de l'art. 2004 ; nous pensons qu'*en général* il doit suffire, même à l'égard des tiers ; car il est matériellement impossible au mandant de deviner a l'avance et d'avertir tous ceux qui pourraient avoir l'intention de contracter avec son ancien mandataire ; et d'ailleurs ces derniers sont en faute de ne pas se faire exhiber la procuration. Mais s'il s'agissait de personnes qui sont dans l'habitude de contracter avec le mandataire pour les affaires courantes, le mandant serait en faute de ne pas leur notifier la révocation et devrait subir les suites de sa négligence.

335. *Révocation par un des comandants.* — Que si le mandat a été constitué par plusieurs, la révocation d'un seul suffit, car le mandat émanait de la volonté de tous ; la même condition est indispensable pour qu'il se maintienne. Il serait même éteint à l'égard des autres, car il est possible que le mandataire ait contracté en considération de la personne de celui qui révoque, comptant sur la solidarité établie par la loi ; mais le silence réciproque des parties fera naturellement supposer qu'elles consentent à la continuation du mandat.

§ 2. Renonciation du mandataire. — 336. La renonciation peut avoir lieu sans dommages et intérêts dans deux cas (art. 2007).

1° Si cette renonciation ne cause aucun préjudice au mandant.

Aucune difficulté la-dessus.

De quoi le mandant se plaindrait-il ?

2° Si le mandataire " se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un *préjudice considérable*."

Ici deux hypothèses se présentent. Ou le mandat est gratuit, ce qui est la règle, et alors il est juste qu'on n'abuse pas du désintéressement du mandataire, et que sa bienveillance ne soit pas pour lui une cause de ruine. Ou il est salarié, et en ce cas encore, il doit être supposé ne vouloir s'occuper des affaires d'autrui (même moyennant un prix) qu'à son loisir, et sans pour cela être obligé de sacrifier les siennes. Dans les deux cas, la renonciation se légitime aux yeux du jurisconsulte. Cependant, on est généralement d'accord pour reconnaître une exception à cette règle, lorsqu'il s'agit d'un mandat commercial; nous serions disposés à étendre l'exception même au mandat civil, quand il constitue une véritable profession, comme, par exemple, celle des avoués. Dans ce cas, on peut dire que les affaires du mandant sont aussi celles du mandataire, car il passe sa vie à traiter les affaires d'autrui ; c'est là son état normal et habituel.—En quoi consiste le *préjudice considérable* dont parle le Code ? C'est là une question de fait, que les tribunaux devront résoudre suivant les circonstances. Le droit romain nous en fournit plusieurs exemples : un procès d'où dépend la majeure partie de la fortune du mandataire, des complications survenues dans ses affaires, une maladie grave.

La renonciation, pour être efficace, doit être notifiée au mandant (art. 2007), à moins toutefois que le mandataire ne se trouve dans un cas d'impossibilité absolue : à l'impossible nul n'est tenu.

§ 3. MORT NATURELLE OU CIVILE DU MANDANT OU DU MANDATAIRE.— 337. Le mandat a lieu de part et d'autre *intuitu personæ;* dès lors il s'éteint par la mort du mandant ou du mandataire.

Mais il ne s'éteint pas d'une manière complète. En effet, s'il s'agit de la mort du mandataire, "ses heritiers" doivent non-seulement en donner avis au mandant, mais de plus prendre des mesures conservatoires, " pourvoir en attendant à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci (art. 2010)." Bien entendu, nous supposons les héritiers capa-

bles et instruits de l'existence du mandat, autrement ils ne seraient tenus de rien ; au fond le mandant est en faute de n'avoir pas prévu le décès possible de son mandataire, et n'avoir pas, par l'acte même de procuration, désigné un substitué, comme cela se fait très souvent dans la pratique. Que s'il s'agit de la mort du mandant, le mandataire est tenu " d'achever la chose commencée, s'il y a péril en la demeure (art. 1991, 2e al.)."

Les parties peuvent-elles déroger à ces dispositions ?

Nous avons vu que le droit romain et notre ancien droit français admettaient cette dérogation. Je n'aperçois aucun motif sérieux pour l'exclure aujourd'hui. Il n'y a là rien d'immoral ni d'illicite. Craindrait-on les fidéicommis déguisés ; il sera facile, en fait, de les reconnaître. Ce n'est pas d'ailleurs le seul acte sous lequel les fidéicommis cherchent à se dissimuler.

On peut citer pour exemple de ces sortes de mandats : le mandat d'élever un monument au mandant après sa mort, et aussi le mandat confié aux exécuteurs testamentaires (art. 1025).

Ce mandat est-il éteint par la minorité de l'héritier? Je ne le pense pas. Mais, dit-on, il y a changement d'état dans la personne du mandant continué par son héritier. C'est un véritable jeu de mots, car ici la volonté du mandant lui survit, c'est elle et non celle de l'héritier qui maintient le mandat ; qu'importe dès lors la minorité de l'héritier?

§ 4. CHANGEMENT D'ÉTAT DU MANDANT OU DU MANDATAIRE.— 338. L'état d'une personne, c'est sa capacité civile ; or, la capacité civile du mandant est essentielle au mandat, car c'est le mandant qui contracte par l'organe du mandataire. Dès qu'elle disparaît, le mandat est éteint.

Quant à la capacité du mandataire, elle n'est pas essentielle au mandat, mais son absence enlève au mandant son recours contre le mandataire ; il est donc juste d'y voir une cause d'extinction, une espèce de révocation tacite et de plein droit.

De ces principes, il résulte que l'art. 2003 (3e al.) ne doit pas être considéré comme limitatif ; tout changement d'état de l'une des parties est une cause d'extinction du mandat. Ainsi, aux cas d'interdiction, de déconfiture, il faut ajouter la mise dans une maison d'aliénés, la nomination d'un conseil judiciaire, l'interdiction pénale (art. 29 C. pénal), la faillite, le mariage de la femme, si son contrat de mariage ne lui permet pas d'accomplir les actes qui font l'objet du mandat.

§ 5. Cessation des pouvoirs du mandant. — 339. Si le mandant est lui-même le mandataire d'une autre personne, les pouvoirs de celui qu'il s'est substitué expirent avec les siens. Dans le cas où le substitué a été mis en rapport direct avec le mandant, le mandataire primitif disparaît, et le substitué devient le seul et unique mandataire du mandant.

Sec. II.—Effets de l'extinction du mandat.—340. Les effets de l'extinction du mandat varient selon qu'elle a lieu antérieurement ou postérieurement à tout commencement d'exécution. Dans la première hypothèse le mandat est anéanti, il ne produit aucun effet. Dans la seconde, il disparaît pour l'avenir, mais il subsiste pour le passé. Nous avons déja vu qu'alors toutes les obligations du mandant envers le mandataire sont maintenues, pour ce qui concerne les frais et salaires des actes qui ont précédé la révocation.

Les effets varient encore selon que le mandataire connaît ou ignore la cause d'extinction ; s'il l'ignore, elle ne saurait lui être préjudiciable jusqu'au jour où cesse son ignorance (art. 2008). La même distinction est applicable aux tiers, d'après les termes de l'article 2009.

---

* *Troplong, Mandat, sur art. 2003 C. N.* } 706. Le chapitre dont l'analyse va nous occuper est d'une grande importance ; la fin du mandat n'est pas moins intéressante à étudier que la formation de ce contrat.

Le mandat prend fin de différentes manières. L'article 2003 du code civil compte quatre causes d'extinction :

1o La révocation du mandataire par le mandant ;

2° La renonciation du mandataire au mandat;

3° La mort naturelle ou civile du mandant ou du mandataire;

4° Le changement d'état de l'un ou de l'autre, à savoir: l'interdiction, la faillite, la déconfiture, etc.

A ces quatre causes, on peut ajouter la cessation des pouvoirs du mandant;

La force majeure qui empêche l'affaire de se poursuivre;

La consommation de l'affaire conformément à l'ordre donné.

C'est dans ce cadre que nous allons renfermer nos développements.

707. Et d'abord, parlons de la révocation (1).

(1) Ulpien, l. 12, § 16, D., *mandati*, et l. 15, D., *mandati*; Justinien, Inst., *Mandati*, § 9.

Add. On lit dans Rolland de Villargues, v° *Mandat*, n°s 142 à 144 inclusivement: "Lorsque la procuration n'est pas limitée à un certain temps, que la durée n'en est subordonnée à aucune condition, elle vaut *in perpetuum;* c'est-à-dire tant que le mandant vit et qu'il ne la révoque pas. *Procurator et in diem, et sub conditione, et usque dari potest et in perpetuum.* (Lois 3 et 4, D., *de procurat.*) Pothier, t. III, p. 91 et 107.

"Et c'est de là qu'il a été jugé que le laps de temps écoulé depuis la cessation d'une procuration n'est point une cause d'une cessation de mandat. Montpellier, 22 juillet 1824.

"Quelquefois une disposition spéciale de la loi fait cesser l'effet d'une procuration. Cela arrivait anciennement pour les procurations à l'effet de recevoir le payement des lettres de change et autres billets, lesquelles n'avaient plus de force après une année. (Ordonnance de 1673, tit. V, art. 7.) Il en était de même pour les procurations *ad resignandùm* (*Act. not.*, 23 juin 1692). Enfin les procurations données par un individu qui s'absentait depuis, devenaient sans objet, les premières par le laps de dix années, les autres par celui de cinq, neuf et dix ans, selon les divers parlements (lett. patent., 30 octobre 1764). C'était pour prévenir l'effet de cette extinction causée par la révolution du temps, que les notaires avaient adopté comme formule la clause: *nonobstant surannation;* et il faut même observer que cette clause n'avait d'effet que dans les deux derniers cas ci-dessus rapportés.

"Aujourd'hui nous ne voyons, parmi ces causes d'extinction d'une

Quoique la volonté de l'homme soit ambulatoire (1), la force des contracts la tient néanmoins captive, et l'engagement auquel elle s'est soumise devient pour elle une nécessité. *Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis* (2).

Il y a cependant quelques contrats qui font exception à cette règle; ce sont, par exemple, la société et le mandat. Nous avons expliqué, dans notre *Commentaire de la Société*, n° 966, quand et pourquoi la volonté de l'une des parties peut mettre fin à l'association. Il y a des raisons non moins péremptoires pour légitimer une puissance pareille donnée, par exception, à la volonté dans le contrat de mandat.

Le mandat, en effet, dérive de la volonté du mandant, et le mandataire, en l'acceptant, a voulu lui rendre un service ou remplir envers lui un office amical: *Originem ex officio atque amicitiâ trahit* (3). Or on ne rend pas un bienfait à quelqu'un malgré lui (4) ; et, dès lors, il serait contraire à la nature des choses et à la raison que le mandat survécût à la volonté de celui dont il émane et qui révoque ses pouvoirs. On s'écarte donc ici, par une nécessité logique invincible, de la règle vulgaire qui veut qu'un contrat ne se dissolve que de la même manière qu'il a été contracté.

Il est un autre motif dont celui-ci se corrobore. Le mandat ne se donne qu'à la confiance; et la confiance est un sentiment susceptible d'altération et de changement. La volonté

procuration, que celle relative au mandant qui s'absente. En effet, après dix ans, les héritiers présomptifs peuvent, nonobstant la procuration, demander l'envoi en possession des biens de l'absent."

(1) L. 4, D., *de adimend legatis ;* l. 32, § penult., D., *de donat. inter vir. et uxor.;* l. 3, C., *mandati.*

(2) L. 5, C., *de oblig. et act.*

(3) L. 1, § 4, D., *mandati* (Paul). *Suprà*, n° 338.

(4) L. 69, D., *de reg. juris :* " *Invito beneficium non datur.*"

qui a donné le mandat doit donc rester maîtresse de le révoquer (1).

708. La légitimité de la révocation étant admise, il faut voir dans quelles circonstances elle intervient (2). Il est important, en effet, de distinguer si elle a lieu *rebus integris*, c'est-à-dire avant que le mandataire ne soit entré en fonctions ; ou bien si elle a lieu lorsque le mandataire avait commencé à agir.

Dans le premier cas, le mandat est censé n'avoir jamais existé ; on n'aperçoit, de la part du mandataire, aucun intérêt appréciable sur lequel il puisse baser le principe de l'action *mandati*. " *Mandatarii nihil interest*," dit très-bien le président Favre (3) pour expliquer ces paroles du jurisconsulte Ulpien : " *Cessare mandati actionem* (4)." On se rappelle, en effet, que lorsque le mandat se contracte, la seule personne qui s'engage directement, c'est le mandataire. Le mandant ne devient obligé qu'*ex post facto* et lorsque le mandataire a fait quelques actes d'exécution pour lesquels le mandant lui doit une ratification ou une indemnité. Si donc la gestion du mandataire n'a pas encore commencé, et que le mandant se repente, le mandataire n'a rien à dire de cette révocation qui le décharge de ses obligations et ne le prive d'aucun droit né et actuel. Le mandat est censé n'avoir jamais eu d'existence (5).

(1) Add. Op. conf. de Deleurie, n° 11776.

" Les héritiers du mandant ne peuvent révoquer le mandat sans justifier légalement de son décès, quelque probable qu'il soit." (Deleurie, n° 11767, où il cite Paris, 25 nov. 1811.)

(2) Voy. art. 2004, et n° 764, *infrà*.

(3) *Ration.* sur la loi 12, § 16, D., *mandati*.

(4) L. 12, § 16, D., *mandati*.

(5) Inst. de Justinien, *Mandati*, § 9,

Add. Op. conf. de Duranton, n° 272, où il dit : " L'obligation de payer le salaire n'est pas une obligation principale et directe ; c'est une obligation dépendante de l'exécution du mandat, et, dans son but, le mandat est un contrat formé dans l'intérêt seul du mandant, par conséquent un

Au second cas, il en est tout autrement. La révocation met sans doute fin au mandat (1); mais elle n'empêche pas qu'il n'y ait un passé, des actes consommés, des faits accomplis, et par conséquent le principe d'une action ouverte au mandataire *in id quod interest*, pour ce qu'il a fait (2). La révocation laisse subsister ce passé ; il ne peut être au pouvoir du mandant d'enlever au mandataire les droits, les actions que ce passé a fait naître contre lui. Le mandataire qui aura bien géré pourra donc se faire indemniser par le mandant des frais, dépenses, avances qu'il aura déboursés de bonne foi avant la révocation (3); il pourra exiger la ratification de ses actes.

contrat que celui-ci peut révoquer quand bon lui semble, quoiqu'il soit fait avec promesse d'un salaire ; à la différence de la vente ou du louage, qui sont des contrats formés dans l'intérêt direct des deux parties et qui, par conséquent, ne peuvent être révoqués ou résiliés que de leur mutuel consentement, sauf les cas où la loi en a disposé autrement. Ce serait donc pour une cause qui aurait manqué son effet, et par cela même *sine causâ*, que le mandataire réclamerait le salaire promis."

Jurisprudence.—Jugé que le capitaine est un mandataire qui peut être congédié sans indemnité à moins de convention expresse pour ce cas éventuel, et l'on ne peut regarder comme une telle convention l'inscription du capitaine, en cette qualité, sur le rôle d'équipage arrêté par le maître... ; il en serait autrement des matelots, lesquels sont locateurs de services... Toutefois, le capitaine a droit à ses frais de retour, encore qu'il n'y ait pas stipulation expresse. Aix, 10 août 1826 (D. P., XXVII, 2, 87.)

—Si le consul qui a ordonné le débarquement d'un capitaine pour inconduite a déclaré que son retour en France aurait lieu aux frais de l'armement, l'armateur n'est pas fondé à répéter contre ce capitaine les frais de retour. Rouen, 8 mars 1332. (D. P., XXXII, 1, 157.)

(1) Add. Op. conf. de Malleville, sur l'art. 2003, où il dit: "Le § 7, *instit. hic*, mettait à la liberté du mandant de révoquer le mandat cette condition: *si adhùc integra res sit*. Mais Serres, sur ce paragraphe, observe avec raison que, les choses entières ou non, le mandant peut toujours révoquer, à la charge de tenir pour bon ce qui a été fait jusque-là, et d'indemniser le mandataire."

(2) Favre, *Ration.* sur la loi 12, § 16, D., *mandati.*

(3) Code portugais, art. 819. Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 429.

Mais, pour l'avenir, le mandat cesse. Le mandataire révoqué n'a plus le droit d'agir. Ses pouvoirs étant évanouis, tout ce qu'il peut faire demeure étranger au mandant. Il peut tout au plus prendre la situation d'un *negotiorum gestor* dans les circonstances particulières et fort restreintes dont j'ai parlé ci-dessus (2) ; il est nécessaire de les consulter ici, afin de ne pas donner trop d'extension à cette conversion du mandat en *negotiorum gestio.*

709. La révocation du mandat est un fait grave ; toutes les paroles de l'acte dont on veut l'inférer doivent être pesées avec soin, afin de ne pas fausser la volonté du mandant. Ce n'est pas sur des mots douteux, équivoques, susceptibles de plusieurs sens, qu'on peut établir la preuve d'une révocation ; on ne doit s'arrêter qu'à des expressions d'où découle nécessairement un changement d'intention, une altération de la volonté première (2).

D'un autre côté, quand les paroles sont claires, il ne faut pas les torturer pour faire dévier l'interprétation de la véritable pensée du mandant.

C'est ce que l'on essayait de faire, suivant Casaregis, dans l'espèce suivante (3) :

Morganti, négociant de Livourne, avait donné commission aux sieurs Gismondi, négociants à Palerme, de lui expédier 1,000 sommes de blé à prendre sur les premiers grains que le gouvernement sicilien permettrait d'exporter. Il leur disait : " J'ai besoin d'être servi avec promptitude ; je veux être un des premiers à être nanti. Peu m'importe que les blés soient nouveaux ou qu'ils soient anciens; peu m'importe aussi le prix ; l'important, pour moi, est d'arriver un des premiers.

(1) Nos 79 et suiv.

(2) Casaregis, disc. 119, nos 34 et 35 : *Non si puo fondare sopra parole dubbie, equivoche e riferibile a più sensi ; ma sopra tale parole delle quali necessariamente ed espressamente resti convinta la revocazione ed alterazione delle volontà e mandato precedente."*

(3) Disc. 119.

Vous m'expédierez ces 1,000 sommes le plus tôt possible par des patrons bien connus de vous."

Les Gismondi lui répondent par une acceptation.

Bientôt le gouvernement délivre des permis d'exportation. Mais les Gismondi, au lieu de faire achat des 1,000 sommes de blé, n'en achètent que 400, et, pour expliquer cette transgression, ils écrivent à Morganti : " Le blé est vieux et léger ; il est cher ; nous avons cru agir au mieux de vos intérêts en n'en achetant, pour votre compte, que 400 ; nous vous pourvoirons du surplus lors des permis d'exportation qui seront donnés ultérieurement."

Mais la prochaine récolte s'annonçait sous de si heureux auspices, que les approvisionnements de grains pouvaient devenir à charge aux spéculateurs. Morganti écrivit : " J'accepte vos 400 sommes, mais si cette lettre pous parvient à temps, suspendez les nouveaux achats : *piacciavi sospendere per mio conto nuovi acquisti.*"

Que voulait-il dire ? Avait-il la pensée de révoquer son mandat pour le surplus ? Ou bien la défense d'acheter ne devait-elle se référer qu'aux grains dont l'exportation avait été autorisée par les premiers décrets du gouvernement ? Et, dans cette hypothèse, Morganti ne laissait-il pas subsister son mandat pour acheter les 600 sommes restantes sur les blés à exporter en vertu des décrets ultérieurs du gouvernement ?

C'est ce dernier sens que les Gismondi donnèrent à la lettre de Morganti. Ils achetèrent 600 sommes sur les blés des exportations ultérieurs et les expédièrent à Morganti. Mais Morganti refusa de les recevoir. Un procès fut intenté. Le premier juge déclara que les Gismodi avaient outre-passé le mandat. Sur l'appel, la cause fut longuement discutée, et Casaregis en donne tous les détails. La sentence, rendue contre l'opinion de deux auditeurs de la rote et conformément à l'opinion de Casaregis, décida que le mandat avait été révoqué et que les Gismondi ne pouvaient forcer Morganti à recevoir les 600 sommes ou à en payer le prix.

710. Il peut arriver que le mandataire ignore la révocation,

et qu'il fasse des actes de gestion avant d'en avoir été instruit. Ulpien a prévu ce cas dans la loi 15, au D., *mandati.* Je vous donne le mandat de m'acheter une maison ; bientôt je change d'avis, et je vous écris une lettre pour vous avertir que je n'en veux plus ; mais, avant que ma dépêche ne vous soit parvenue, vous avez fait l'achat. Cet acte doit être ratifié par moi, car vous avez ignoré la révocation du mandat, et le service que vous avez cru me rendre ne doit pas devenir pour vous une cause de dommage. C'est le cas de dire avec Paul: *Competere actionem, utilitatis causâ, dicitur* (1). La révocation est un fait que le mandataire a eu juste sujet d'ignorer. On ne peut lui reprocher de n'avoir pas deviné le changement de la volonté (2). *Ignoscendum enim,* dit Ulpien avec élégance, *si non divinavit* (3).

On sait, du reste, que, dans toutes les matières où il s'agit de *damno vitando*, l'ignorance d'un fait ne saurait nuire (4). Et quelles personnes voudraient se charger d'un mandat si l'ignorance de la révocation de la procuration pouvait être pour le mandataire une cause de dommage (5) ?

Ajoutons, enfin, que l'ignorance du mandataire est d'autant plus excusable que la révocation du mandat ne se présume pas, le mandant étant toujours censé persévérer dans la même volonté : " *Mandans præsumitur in eâdem voluntate perseverare* (6)."

711. C'est pour cela que la loi suppose que la volonté qui fait cesser les pouvoirs du mandataire doit être portée à sa

(1) L. 26, D., *mandati.*

(2) Favre dit, sur la loi 15 : " *Nisi fortè imputare ei volumus cur non divinaverit revocationem, quod esset absurdum.*"

(3) L. 29, § 2, D., *mandati.*

(4) L. 8, D., *de juris et facti ignor.* L. 77, § *Mævio,* D., *de legat.*, 2°. L. 18, 34, § *Si Titium* et § *Si dibitor.*, et 82, D., *de solut.* L. penult, D., *de reb credit.*

(5) Favre, sur la loi 15, D., *mandàti.*

(6) Casaregis, disc. 30, n° 21 ; disc. 119, n°s 32, 33 ; disc. 74, n° 11.

connaissance, ou, comme disent les articles 2004 et 2006 du code civil, à lui *notifiée*.

Et cette connaissance ou notification est inséparable de la révocation, soit que cette révocation soit expresse, soit qu'elle soit tacite (1).

712. Quand elle est expresse, il va sans dire que c'est la notification qui en est faite au mandataire qui lui donne son énergie ; cette notification est même un des deux termes de l'acte qui met fin au contrat. C'est au mandataire que le mandat a été remis formellement ; c'est de ses mains qu'il faut le retirer (2). Quoi de moins sérieux, en effet, que le fait d'un mandant qui, voulant révoquer expressément sa procuration, ne s'adresserait pas à son procureur pour lui dire : *Je vous révoque*, et laisserait sa révocation inerte et ignorée ? Ce serait certainement le cas d'appliquer cette règle de droit : " *Idem est non esse et non apparere*." La révocation est un fait du mandant, et ce fait est peut-être ignoré du mandataire, qui est fondé à croire que le mandant persévère dans sa première volonté. Le mandant doit donc l'en informer (3).

A côté de la révocation expresse, dont la forme naturelle et logique est de s'adresser directement au mandataire, il y a des révocations tacites qui résultent de faits et de circonstances. L'art. 2006 en est un exemple (4). Mais, bien que

(1) Pothier, n° 121.

(2) Arg. de l'art. 2004.

(3) Straccha, *De decoctoribus*, part. III, n° 51. *Infrà*, n° 751.

(4) Voyez mon comm. de cet article. *Infrà*, n° 777.

Add. " La procuration donnée par une personne partant pour un long voyage est révoquée tacitement par son retour, à moins que le mandataire ne continue l'exercice du mandat à la connaissance du mandant (Pothier, t. III, p. 145).

" Il ne faut cependant pas appliquer cette règle à tous les cas. Le mandat ne serait pas révoqué par le retour, si le mandant avait l'habitude ou se trouvait dans la nécessité de faire de longs voyages pour ses affaires.

" De même, un mandant qui reprend la suite de ses affaires, ou qui

la révocation soit tacite, bien qu'elle n'emprunte aucune forme spéciale expresse, on ne saurait dire que sa puissance effective puisse se passer de la notification au mandataire. La révocation et la notification peuvent, sans doute, être deux actes séparés, mais il faut que le second s'adjoigne au premier pour que celui-ci ait une vertu active ; il faut que la notification intervienne pour arrêter les pouvoirs du mandataire.

Ainsi, supposons qu'ayant constitué Pierre pour mon mandataire à l'effet d'acheter une partie de soieries qui doit se vendre à Lyon, je donne, quelques jours apres, l'ordre de faire cet achat à Jacques, qui m'est signalé comme plus habile en affaires de commission ; cette constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation ; mais cette révocation n'a de valeur que du jour qu'elle a été notifiée à Pierre (art. 2006).

713. Faisons cependant une observation nécessaire pour éviter des méprises. Nous venons de faire ressortir l'importance de la notification, et il n'y a rien à retrancher de ce que nous avons dit à cet égard. Mais quel est le but de la notification ? C'est de faire connaître au mandataire ce qu'il ne sait pas, c'est-à-dire la révocation qu'il ignore. Or, quand il connaît, par un moyen quelconque, la révocation de ses

retire ses papiers des mains de son mandataire, est réputé révoquer la procuration qu'il lui avait donnée (Pothier, t. III, p. 145, n° 118)." (Rolland de Villargues, *Révocation de mandat*, n° 17).

Dalloz, *Mandat*, sect. IV, n° 3, s'exprime en ces termes : "Les pouvoirs du mandataire doivent être révoqués expressément, c'est-à-dire par acte notifié au mandataire et contenant l'expression de la volonté formelle du mandant à cet égard, et pour les tiers, elle doit être rendue publique, autant toutefois que cela est au pouvoir du mandant. L'article 2005 du code civil a innové à l'ancienne jurisprudence, qui admettait aussi la révocation tacite du mandat dans plusieurs cas, par exemple, lorsque le mandant avait donné procuration à raison d'un voyage, et qu'il se trouvait de retour dans ses foyers ; lorsqu'il était survenu entre lui et le mandataire une inimitié capitale, etc. Aujourd'hui la révocation du mandat ne se présume plus, elle doit être expresse."

pouvoirs, qu'est-il besoin d'une notification ? Dans une matière telle que le mandat, où tout est de bonne foi, où tout doit marcher sans formalités embarrassantes ou vaines, on ne demande pas des précautions rédondantes. C'est pourquoi la jurisprudence décide que lorsque le mandataire est instruit par des faits quelconques de la révocation de ses pouvoirs, cette connaissance dispense le mandant de lui faire une notification directe (1). Il suffit que le mandataire sache qu'il a perdu la confiance de son mandant pour qu'il soit de son devoir de s'abstenir (2).

Et c'est au juge à apprécier les circonstances d'ou sort la preuve que la révocation était bien connue du mandataire.

Nous avons vu, au n° 710, *in fine*, que cette connaissance ne se présume pas facilement.

714. Mais si le mandataire est resté dans l'ignorance de la révocation, soit parce que cette révocation ne lui a pas été notifiée, soit parce que des moyens indirects ne l'ont pas portée à sa connaissance, la révocation n'a pas d'effet. Elle demeure inactive, et tous les actes faits par le mandataire depuis cette révocation ignorée sont valables (3).

715. A la vérité, on trouve dans le Digeste un texte qui

(1) Cassation, req., 14 mai 1829 (Dalloz, XXXIV, 1, 402). Pothier, n° 121. *Infrà*, n°s 786.

Add. *Jurisprudence*.—Jugé cependant que le mandat donné à l'avoué ne prend pas fin, comme les mandats ordinaires, par le décès du mandant; il ne finit que du jour où le décès de ce dernier a été dénoncé à l'avoué : cela résulte de l'art. 344 du code de procédure, portant que les procédures faites et les jugements obtenus contre l'avoué d'une partie décédée dont le décès n'a pas été dénoncé, sont valables. Montpellier, 17 janvier 1831 (D. P., XXXI, 2, 132).

(2) Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 432; Zachariæ, t. III, p. 133, note 5.

Add. Op. conf. par les annotateurs de Zachariæ.

(3) Add. L'art. 2008 du code civil, qui déclare valide tout ce que fait le mandataire dans l'ignorance du décès du mandant, est applicable aux obligations judiciaires comme aux obligations contractuelles. Voy. *infrà*, n° 811, aux notes.

paraît se concilier difficilement avec cette proposition. Un père avait donné à son fils le mandat d'affranchir Stichus, son esclave. Bientôt il se répentit et envoya à son fils un message pour lui défendre d'affranchir. Le messager arriva trop tard; il trouva l'affranchissement opéré. Question de savoir si l'esclave était libre. Non, répond Julianus (1), car l'affranchissement a eu lieu contre la volonté du mandant, et il ne peut y avoir d'affranchissement valable qu'avec la volonté du maître.

Beaucoup de choses ont été dites sur cette loi par les interprètes. Mais je crois qu'il n'en faut tirer aucune conclusion de nature à modifier les règles que nous venons de poser au sujet du mandat. Cette décision de Julianus est particulière à la matière des manumissions, qui exigeait une plénitude de volonté plus entière et plus ferme (2). Nous verrons, en effet, par l'article 2008 du code civil, que l'ignorance du mandataire fait durer le mandat à l'égard des tiers, et que cette loi de Julianus n'est pas conciliable avec les principes généraux.

716. Au surplus, pour prévenir le contact du mandataire révoqué avec les tiers, et les difficultés qui en naissent, l'article 2004 indique au mandant une précaution salutaire. Nous en ferons ressortir l'utilité dans notre commentaire de cet article.

717. Le mandataire révoqué peut et doit même faire certaines choses qui sont une suite nécessaire de ce qu'il a commencé. Par exemple, s'il a vendu des marchandises qui sont en son pouvoir, il doit les livrer ; s'il a acheté des objets dont il a reçu livraison, il doit les expédier au mandant (3). Il est vrai que le mandataire a perdu la confiance du mandant (4).

(1) L. 4, D., *de manum. vindictâ. Junge* Paul, l. 15, § 1, D., *qui et à quib. manumissis.*

(2) *Infrà*, nº 724.

(3) Delamarre et Lepoitevin, t. II, nº 438.

(4) *Suprà*, nº 384.

Néanmoins, il est quelques actes qui sont tellement liés à ce qui a été commencé que le mandataire seul peut les accomplir ; dans ce cas, il serait de mauvaise foi s'il s'y refusait (1).

718. Il y a des mandats qui sont irrévocables. Tel est le cas du *procurator in rem suam* (2). Tel est le cas de l'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, lequel ne peut être révoqué sans cause légitime (3). La révocation est alors un acte stérile qui n'enlève au mandataire aucun de ses droits. *Tale mandatum revocari non potest nec tacitè per mortem, nec per expressam revocationem* (4).

(1) Add. Op. conf. de Duranton, n° 290.

(2) L. 15, D., *de pactis*. Casaregis, disc. 39, n° 9.

(3) Art. 1856 du code civil. Mon *Comm. de la Société*, n° 669. *Junge*, pour un autre exemple, un arrêt de la cour royale de Bordeaux du 7 juillet 1837 (Devill., XXXVII, 2, 452).

Add. Zachariæ dit, ? 416 : " Si le mandat avait été conféré comme condition de quelque autre convention passée, soit avec le mandataire, soit avec un tiers, le mandant ne pourrait unilatéralement le retirer." On cite, en sens contraire, cassation, 6 mars 1827 (Sirey, XXVII, 1, 169).

(8) Casaregis, disc. 33, n° 15, et disc. 39, n° 9 ; d'après Ansaldus, disc. 65, n°s 20, 21 ; et Cancerius, *Variar. resol.*, part. II, cap. VI, n° 131.

Add. Rolland de Villargues, *Révocation de mandat*, énumère divers cas d'irrévocabilité, n°s 2 à 9 inclusivement : " Il y a néanmoins, dit-il, plusieurs cas où le mandat est irrévocable par la seule force de la loi, ou par la nature de la convention dont le mandat est l'accessoire, et d'autres où cette irrévocabilité peut être valablement stipulée.

" Par exemple, la loi ou la nature de la convention confère un mandat irrévocable :

" 1° Aux créanciers qui ont obtenu la cession des biens de leur débiteur en faillite ;

" 2° Aux gérants d'une société ;

" 3° Au mari, pour l'administration des biens personnels de sa femme : ce mandat irrévocable est l'effet de la loi seule dans les cas auxquels s'appliquent les articles 1428, 1530 et 1549 du code civil : il est l'effet de la convention lorsque, par le contrat de mariage, la femme, se mariant avec séparation de biens ou sous le régime dotal, a donné au mari le pouvoir de gérer tout ou partie de ses biens, dans le premier cas, ou de gérer ses paraphernaux dans le second ;

" 4° A l'acquéreur qui est chargé de payer le prix de son acquisition

719. Lorsque le mandat reste révocable, ainsi qu'il est dans sa nature de l'être, la révocation, pour être efficace, ne peut émaner que du pouvoir même qui a donné la procuration.

Suit-il de là que lorsque le mandat est conféré par plusieurs pour une affaire commune (1), la révocation doit être l'ouvrage de tous ? " *Plenè firmavi*, dit Casaregis (2), *ministrum removeri non posse sine consensu omnium sociorum et interesse habentium.*" Les actes, en effet, qui touchent à l'intérêt de plusieurs personnes, enseigne ailleurs le même Casaregis, ne sont efficaces que lorsqu'ils sont faits par tous conjointement, ou avec leur assentiment et leur intervention (3).

aux créanciers de son vendeur. Il est procureur *in rem suam*, et son mandat ne peut être révoqué, à moins qu'on ne le désintéresse, c'est-à-dire à moins qu'on ne paye les créanciers;

" Par exemple encore, l'irrévocabilité peut être stipulée lorsque le mandat est intéressé de part et d'autre. Tel est le cas où une personne donne à une autre la régie de ses biens ou de ses affaires, moyennant un traitement fixe par année, et pour un nombre d'années déterminé. Alors ce n'est plus seulement un contrat de mandat, c'est un louage d'industrie. Mais, dans ce cas, le mandant n'est pas privé du droit de reprendre lui-même la gestion de ses affaires, sauf à indemniser son mandataire.

" Il y a cependant des mandats intéressés dans lesquels la convention d'irrévocabilité serait nulle. Tel est le mandat des avoués ou procureurs *ad lites*.

" La disposition d'un testament qui charge un tiers d'administrer les biens de la succession pendant un temps limité, soit gratuitement, soit moyennant une rétribution, est-elle un mandat obligatoire pour l'héritier institué? Non, car il n'y a d'obligatoires pour l'héritier institué, en fait de charges imposées par le testateur, que celles qui ont pour objet l'avantage direct d'un tiers (Merlin, *Répert.* t. XIII, p. 317)."

(1) Art. 2002 du code civil.

(2) Disc. 128, nº 9.

(3) Casaregis, disc. 81, nºs 1 et 2: " *Omnes actus qui sunt à pluribus personis peragendi, tunc necesse sit fieri ab omnibus conjunctiùs, cum interventu et consensu eorumdem.*" Et plus bas, aux nºs 3 et 4: " *Quod si actus est, in quo versatur facientium utilitas, vel animi affectio, requiri debent etiam absentes ; aliàs non valet.*"

J'ai cependant écrit, dans mon *Commentaire du titre de la Société* (nº 676), que la révocation du gérant nommé par le pacte social peut être demandée en justice par un seul des associés. Mais on a pu voir que je me suis appuyé sur un motif particulier qui n'existe pas ici : c'est que l'associé qui serait déclaré non recevable à provoquer la destitution du gérant pourrait demander la dissolution de la société même, et que, par conséquent, les co-associés qui auront intérêt à l'existence de la société se garderont d'élever cette fin de non-recevoir compromettante.

Ce que j'ai dit au nº 680 du même ouvrage va plus directement à notre question. Lorsque le gérant d'une société est nommé après coup et en dehors du pacte social, j'ai pensé que la volonté d'un seul peut mettre fin à ce mandat. Voici mon motif : dans une société, chaque associé est investi, de droit, du pouvoir d'administrer (article 1859). Or, c'est ce pouvoir qui a été délégué au gérant par chaque associé. Chacun n'a donné pouvoir que pour soi, et ce que sa volonté a pu faire, sa volonté peut le révoquer.

Cette raison est-elle généralement applicable à toutes les espèces de communauté, où les communistes donnent un mandat en commun pour l'affaire commune ? Je ne vois pas de raison pour la négative, et j'écarte par conséquent l'opinion de Casaregis.

Supposons, par exemple, que Pierre et Paul, copropriétaires d'une maison, aient donné procuration à François de la vendre. Pierre reçoit des renseignements qui ébranlent sa confiance dans François. Faudra-t-il cependant, si Paul y résiste, qu'il continue à se faire représenter par un homme dont il se défiera ? L'aveuglement de son consort pourrait-il compromettre ses intérêts bien entendus ? Et pourquoi donc ne dira-t-il pas à François : " Je révoque le mandat que je " vous ai donné ; vendez la part de Paul, puisque Paul y " consent toujours ; mais je vous défends de vendre la " mienne, et tout ce que vous ferez sera nul à mon égard ?"

A ce langage dicté par le bon sens je doute qu'on puisse opposer avec succès le sentiment de Casaregis.

720. La deuxième cause qui donne fin au mandat, c'est la renonciation du mandataire.

Nous avons déjà exposé les principes qui gouvernent ce point (1). Nous les compléterons dans le commentaire de l'article 2007 qui organise notre paragraphe.

721. La mort du mandant est classée parmi les causes qui mettent fin au mandat: *Mandatum solvitur morte* (2).

Quelle est la raison de ce point de droit ? Pourquoi la mort, qui ne met pas fin au louage (3), à la vente, termine-t-elle le mandat ?

Le contrat de mandat a été principalement introduit pour l'intérêt du mandant. C'est la volonté de ce dernier qui le soutient (4), et quand cette volonté cesse d'exister, le mandat, manquant de sa base essentielle, s'anéantit. Le mandat ne ressemble donc pas en ceci aux autres contrats qui ne se dissolvent que par la volonté commune des parties, et auxquels la mort n'apporte pas de changement. De même que la révocation expresse ou tacite du mandat met fin au contrat, de même la mort, semblable sous beaucoup de rapports à une révocation tacite (puisqu'elle implique cessation de la volonté du mandant), en amène l'extinction.

Je ne voudrais cependant pas dire, avec Casaregis, que la mort opère une révocation véritable (5). La mort fait cesser la volonté ; mais elle ne substitue pas, comme la révocation, une volonté nouvelle à la volonté primitive. Quand il y a révocation, le mandant annule par une résolution contraire

(1) *suprà*, n[os] 337, 338.

(2) Paul, l. 26, D., *mandati* (lib. XXXII, *Ad edict.*)

(3) Ulpien, l. 19, § 8, D., *locati*. Labéon, l. 60, § 1, D, *loc.* L. 10, C. *de loc.*

(4) *Suprà*, n° 706.

(5) Casaregis, disc. 33, n° 15. Voy. *suprà*, n° 718, le passage de cet auteur.

ce que d'abord il avait résolu. Quand il y a décès, nul ne peut dire que le mandant eût changé de volonté s'il avait vécu (1).

722. Lorsque la mort du mandant arrive à une époque où les choses sont entières, le mandat est censé n'avoir jamais existé. Tout ce que nous avons dit ci-dessus au n° 708 est applicable ici.

723. Lorsqu'elle arrive à un moment où le mandat est en voie d'exécution, elle ne fait cesser le mandat que pour l'avenir. Le passé subsiste avec tous les droits qu'il a pu donner au mandataire, ainsi que nous l'avons dit au n° 708. Car si le mandat est fini, les actions qui en dérivent durent encore (2).

724. Dans le cas où le décès est ignoré du mandataire, le mandat se prolonge dans l'avenir (article 2008); les actes opérés par le mandataire sont protégés par l'action *mandati contraria* (3). Une raison d'utilité (*utilitatis causâ*) (4) fait survivre le mandat à la volonté absente du mandant décédé. Qui voudrait, en effet, accepter un mandat si le mandataire était exposé à voir mettre à sa charge les actes auxquels il s'est livré dans l'ignorance d'un fait qu'il n'était pas tenu de savoir ? Les héritiers du mandant devaient se hâter de l'en

(1) Add. Dalloz, *Mandat*, sect. IV, n° 6, donne cette raison du principe : " Il est évident que ce que fait le mandataire étant censé fait par le mandant, cette fiction ne peut plus exister lorsque le mandant est mort, soit naturellement, soit civilement. La propriété de tous ses biens se trouvant dévolue en d'autres mains, les pouvoirs donnés par l'ancien propriétaire perdent toute leur force. Néanmoins, comme il pourrait se faire que la mort du mandant demeurât plus ou moins longtemps ignorée du mandataire, on a dû décider que ce qui aurait été fait en ce cas serait valide."

Deleurie, n° 11762, se borne à dire : " On veut bien se charger des affaires de quelqu'un, sans s'engager à gérer celles de son héritier."

(2) Mon *Comm. de la Société*, n° 892.

(3) Paul, l. 26, D., *mandati*.

(4) Idem, *loc. cit.*

instruire. Si l'exécution postérieure du mandat leur a causé quelque dommage, qu'ils ne s'en prennent qu'à eux-mêmes, et qu'ils cessent d'inquiéter le mandataire, dont la juste ignorance doit être respectée. C'est là ce que Julianus résumait dans ces paroles énergiques : " *Mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare* (1)."

Nous avons vu le contrat de société emprunter au mandat ces idées pleines de sens (2).

725. Le droit romain les appliquait même dans le cas d'un mandat donné pour affranchir, bien que l'affranchissement exigeât la plus grande plénitude de volonté de la part du manumisseur (3).

Un père avait permis à son fils (une permission équivaut à un mandat) (4), d'affranchir son esclave. Quelque temps après, ce père décède *ab intestat*, et son fils, ignorant cet événement, donne à l'esclave l'affranchissement. Julianus, au livre XLII de ses Digestes, n'hésite pas à décider que l'esclave doit être libre; rien ne prouvant, du reste, que la volonté du maître eût changé avant son décès (5).

726. En ce qui concerne les tiers, il n'est pas moins évident que leur ignorance du décès valide ce qu'ils ont fait de

(1) L. 26, D., *mandati*.

Add. *Jurisprudence.* — Le mandataire qui ignore entièrement si son mandant est ou n'est pas encore en vie, peut et doit même poursuivre l'exécution commencée du mandat, sans que le tiers contre qui il agit de ce chef puisse faire résulter de cette ignorance une fin de non-recevoir, ni même être admis à la preuve du décès du mandant. Bruxelles, 27 mai 1830 (*Jur. de Belg.*, 1830, 1, 405.)

(2) Mon *Comm. de la Société*, n° 901

(3) *Suprà*, n° 715.

(4) Ulpien, l. 18, D., *mandati* : " *Qui patitur ab alio mandari ut sibi credatur, mandare intelligitur.*" Favre, *Ration.*, sur la loi 15, D., *mandati* : " *Permissio mandati vim obtinet.*"

(5) L. 4, D., *de manumissis vindictà.* Paul, dans le liv. Ier de son comm. sur la loi Julia, rappelle cette décision de Julianus, l. 15, § 1, D., *qui et à quibus manumissi.*

bonne foi avec le mandataire. Leur situation est éminemment favorable ; ainsi, par exemple, quoi de plus digne d'intérêt que cet esclave dont nous avons parlé au numéro précédent, qui a reçu la liberté, qui peut-être en a joui pendant quelque temps, et à qui on voudrait la ravir, sous prétexte d'un événement ignoré de tous ?

Au surplus, l'article 2009 s'occupe spécialement des tiers. Nous y reviendrons plus tard (1).

727. De tout cela faudrait-il conclure que le mandat ne prend pas fin de plein droit par la mort, et qu'en cela il diffère de la société (article 1865 du code civil) (2)? Je réponds: La mort fait cesser le mandat de plein droit en ce sens qu'il n'est pas nécessaire de prouver que le mandant avait changé de volonté ; ou en ce sens encore qu'un acte de notification en forme n'est pas requis pour arrêter l'exécution du mandat. Cette exécution se trouve nécessairement paralysée par la connaissance du décès que le mandataire acquiert d'une manière quelconque. Nulle défense d'agir, nul ordre de s'abstenir ne doit intervenir officiellement ou judiciairement pour que la procuration s'éteigne. La mort du mandant a suffi à elle seule pour lui enlever son soutien. Seulement, le mandataire doit connaître cet événement: *idem est non esse et non apparere.*

728. Il y a des mandats qui sont donnés pour durer après le décès (3) ; la mort ne les révoque pas. Ils se transmettent aux héritiers du mandant. Ulpien nous en donne un exemple, d'après Marcellus : c'est le cas où une personne charge une autre personne de lui ériger un monument après sa mort. Les deux jurisconsultes décident que l'héritier du défunt aura contre le mandataire l'action *mandati* : " *Hæres ejus poterit mandati agere ut perficiatur.*" Telle est aussi l'opinion

(1) Voyez *infrà*, n° 817, et mon *Comm. de la Société*, n° 901.

(2) Mon *Comm. de la Société*, n°s 890 et 903.

(3) Ulpien, l. 12, § 12, D., *mandati*. Menochius a très-bien traité cette matière, *Præsumpt.*, lib. II, c. XXXVI, n° 37.

de Caius dans une espèce où Titius avait livré un esclave à Sempronius pour l'affranchir après sa mort. Caius décide qu'un tel mandat est valable : " *Constitit obligatio* (1)." Et ce n'est pas de la part de ce jurisconsulte une opinion passagère ; il la répète dans la loi 13, au D., *mandati*, laquelle s'occupe d'un mandat donné à Sempronius pour acheter un fonds après le décès du mandant pour les héritiers de ce dernier. Comment, en effet, serait-il possible de faire finir, par la mort du mandant, un mandat qu'il n'a donné que pour être exécuté après sa mort ? L'obligation a pris naissance du vivant du mandant. Peu importe que l'exécution en soit différée après son décès. La volonté des parties a pu déroger à la règle ordinaire qui attache la fin du mandat au décès du mandant (2). Straccha nous apprend que l'usage de pareils mandats était fréquent de son temps parmi les mar-

(1) L. 27, § 1, D, *mandati*.

(2) Bartole, sur la loi fin., D., *de solut.* ; Boerius, décis. 348, n° 6 ; Straccha, *Mandat*, n° 49 ; Casaregis, disc. 35, n°s 8, 31 et 33 ; Favre, sur la loi 12, § 12, D., *mandati* ; Pothier, n° 108 ; Duranton, t. XVIII, n° 284 ; Zachariæ, t. III, p. 134.

Add. Duranton y ajoute : " Nos exécuteurs testamentaires ne sont rien autre chose que des mandataires, et leurs fonctions, loin de cesser par la mort de celui qui leur a donné la commission, ne peuvent même commencer qu'après son décès.

" De plus, lorsque, dans un contrat, un tiers a été indiqué pour recevoir le paiement de l'obligation, ce tiers, *adjectus solutionis gratià*, est bien, en général, considéré comme un mandataire par rapport au créancier, puisque généralement il doit lui faire raison de ce qu'il a reçu du débiteur ; et cependant, de droit commun, ce mandat ne finit pas par la mort du créancier, attendu que cette indication du tiers pour recevoir le payement est une des conditions du contrat, *lex obligationis ;* si bien que le payement peut lui être fait malgré le créancier, à la différence du cas où celui-ci aurait ensuite simplement autorisé le débiteur à payer au tiers, ou le tiers à recevoir du débiteur. (L. 106, ff., *de solut.*)

" Mais, hors ces cas ou autres analogues, il est vrai de dire que le mandat finit par la mort du mandant ; et comme la mort civile de celui-ci donne ouverture à sa succession aussi bien que sa mort naturelle, le mandat finit par l'une comme par l'autre."

chands de Florence (1). Ils le donnaient par testament. Nous en avons vu un exemple remarquable au numéro 468 ci-dessus. Les exécuteurs testamentaires en sont chez nous un autre exemple très-usuel (2).

729. On peut opposer la loi 108, au D., *de solut.*, extraite des écrits de Paul. Mais Cujas a démontré qu'elle est défigurée par deux transpositions, et ce grand jurisconsulte, aussi excellent critique qu'habile philologue, l'a mise d'accord avec les lois précitées par une élégante et heureuse restitution (3).

(1) *Loc. cit.*

(2) Art. 1025 et suiv.

Add. *Jurisprudence.*—Les fonctions d'exécuteur testamentaire étant un mandat qui n'a d'exécution que par le décès du testateur, les conditions de ce mandat, par exemple la faculté de substituer, doivent recevoir leur effet malgré le décès du mandant. Colmar, 8 novembre 1821 (D. P., I, 1348).

(3) Lib. I, *Observat.*, c. XXXVIII.

Add. On lit dans Duranton, n° 283 : " Le texte de la loi dernière, ff., *de solut.*, porte, il est vrai, dans sa dernière partie : *Ei autem cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non rectè solvitur, quia mandatum morte solvitur.* Mais Cujas, I, observ. 38, a rectifié cette leçon, corrompue probablement par quelque copiste, et il substitue celle-là : *Ei autem cui jussi debitorem meum solvere, post mortem meam non rectè solvitur :* car, dit-il, les principes du droit autorisent, au contraire, l'exécution d'un mandat qui n'a été donné que pour être exécuté après la mort du mandant. La loi 12, § ult., et la loi 13, ff., *mandati*, le décident formellement.

"Cujas, au même endroit, corrige pareillement la première partie de cette loi dernière, ff. *de solutionibus*, ainsi conçue : *Ei qui mandato meo post mortem meam stipulatus est, rectè solvitur : quia talis est lex obligationis. Ideoque etiam invito me rectè ei solvitùr ;* et il substitue cette version, bien plus conforme assurément à la pensée de Paul, auteur de ce texte : *Ei qui mandato meo stipulatus est, post mortem meam rectè solvitur : quia talis est lex obligationis* (en effet, le mandataire doit moins être considéré ici comme mandataire que comme créancier, puisque c'est lui qui a fait cette stipulation) ; *ideoque etiam invito me rectè ei solvitur*, conformément à la loi 106 au même titre *de solut.*"

730. Essayera-t-on d'aller chercher une objection dans la loi 77, § 6, D., *de legat.*, 2° ? Mais que dit donc cette loi ? Un créancier donne ordre à Mævius, son débiteur, de payer ce qu'il lui doit à Titius, à qui il voulait faire une donation actuelle, mais révocable jusqu'à son décès. Mævius ne paye pas du vivant du créancier ; mais, ayant appris sa mort, il effectue le payement entre les mains de Titius. Ce n'est pas là l'espèce d'un mandat exécutoire après le décès du mandant. C'est tout autre chose ; c'est une donation à cause de mort, faite pour être exécutée actuellement, sous une condition résolutoire. Si Papinien (1) décide que le payement fait après le décès ne libère pas Mævius, et que Titius n'est pas censé avoir reçu la somme à cause de mort, c'est parce qu'il n'y avait pas eu de tradition du vivant du donateur, et que la donation était restée imparfaite. Mais Papinien ne fait aucune allusion à un mandat exécutoire après la mort du mandant, et nul, à raison de cette circonstance (2).

731. En un mot, je ne vois pas pourquoi le mandat ne pourrait pas survivre au mandant, lorsqu'il est admis en jurisprudence que la clause qui fait passer la société aux héritiers est valable (3). Paul n'a-t-il pas dit qu'il y avait parité entre ces deux contrats ? *Tunc eâdem distinctione utimur quâ in mandato* (4).

732. Enfin (pour tout prévoir), si des esprits scrupuleux disaient que notre doctrine tend à faire revivre sous le code civil les donations à cause de mort et les fidéicommis proscrits par le droit moderne, nous ne serions pas embarrassé de répondre à leurs susceptibilités.

Toutes les fois que le mandat, exécutoire après le décès du mandant, ne sera qu'une forme employée pour couvrir

(1) Au livre VIII de ses Réponses. Voyez Cujas dans son *Comm.* de cet ouvrage. Je suis son interprétation.

(2) Favre, *Rationalia,* sur la loi 12, § 12, D., *mandati.*

(3) Mon *Comm. de la Société,* n° 880, art. 1868 du code civil et 949.

(4) L. 65, § 10, D., *pro socio.*

une donation à cause de mort ou un fidéicommis prohibé, nous n'hésiterons pas à le sacrifier. Mais, tant qu'il ne présentera pas ces caractères, nous soutiendrons que les susceptibilités qui s'élèvent contre lui sont exagérées.

Titia, voulant faire don à Septicius et à Mævius, ses débiteurs, de la somme que ces derniers lui devaient, remit à Ageria leurs reconnaissances chirographaires, et lui dit: "Si je décède, remettez ces titres à Septicius et à Mævius; si je survis, vous me les rendrez." Titia mourut, et Ageria fit à Septicius et à Mævius la remise dont elle avait été chargée. L'héritière de Titia crut cependant pouvoir agir en justice pour réclamer les sommes portées dans les titres souscrits par les deux débiteurs. Mais Julianus, consulté sur cette action, répondit qu'une telle prétention devait être considérée comme dolosive, et que l'exception *pacti conventi* ou *doli mali* devait faire repousser la demande (1).

Qu'est-ce que ce cas? C'est bien celui d'une donation à cause de mort, et le mandat donné à Ageria pour être exécuté après la mort de Titia n'est pas autre chose qu'un moyen employé pour conduire à fin un acte de dernière disposition. Cet acte était valable chez les Romains. Il n'a plus de caractère légal sous le code civil, et ce n'est pas pour une espèce de cette nature que nous revendiquons la règle que le mandat exécutoire après le décès du mandant n'est pas révoqué par sa mort (2). Nous disons, au contraire, que cette forme n'est qu'un abus condamnable; nous ne voulons pas qu'elle protége des actes réprouvés.

733. C'est ce que nous avons enseigné dans notre *Commentaire du Dépôt* (3), où nous avons montré comment de tels mandats, pouvant servir à faire renaître les abus des fidéi-

(1) L. 18, § 2, D., *de mortis causâ donat.* (lib. LX, *Digest.*) Voyez Cujas dans son *Comm.* de cet ouvrage.

(2) Voyez la note *r* de Godefroy, sur la loi 18, § 2, D, précitée.

(3) Comm. des art 1931, 1938, 1939, n[os] 147 et suiv.

commis, doivent être considérés comme révoqués par la mort, malgré toute stipulation contraire (1).

Mais quel rapport y a-t-il entre de pareils détours et un simple mandat donné pour la gestion des affaires du mandant, avec clause de continuation malgré le décès de ce dernier? Cette clause n'est-elle pas favorable à la marche des affaires? N'en empêche-t-elle pas l'interruption? N'est-il pas juste qu'elle soit respectée lorsqu'elle est pure de toute fraude faite à la loi? Les héritiers du défunt n'ont-ils pas, du reste, le moyen de pourvoir à leurs intérêts en révoquant eux-mêmes le mandataire, s'ils ne sont pas contents de ses services?

734. Une exception est cependant admise par les docteurs à ce point de droit. Ils veulent que le mandat fait pour durer après la mort expire si l'héritier du mandant décédé est mineur (2). Leur raison est ingénieuse. Le mandant, de majeur qu'il était, est devenu mineur; il y a eu dans sa personne (représentée par son héritier) un changement d'état qui annule le mandat (3). Cette raison peut s'étayer de la disposition de l'article 2003 du code civil.

735. Toutefois, ils veulent que, même dans ce cas, le mandat dure si le mandant a voulu expressément ou tacitement, mais toujours en connaissance de cause, que le mandat ne fût pas atteint par la minorité de l'héritier (4).

736. D'après le droit romain, la survivance du mandat au décés du mandant a lieu également de plein droit dans le cas de préposition (5).

(1) *Junge* Caen, 12 mars 1827 (Devill., VIII, 2, 345); Montpellier, 6 mars 1828 (*idem*, IX, 2, 49); Nimes, 9 janvier 1833 (*idem*, XXXIII, 2, 206); cass., 16 août 1842 (*idem*, XLII, 1, 850).

(2) Straccha, *Mandati*, n° 49. Casaregis, disc. 31, n° 33; disc. 35, n° 8.

(3) Casaregis, disc. 31, n° 33.

(4) Idem, disc. 35, n° 9.

(5) Ulpien, l. 11, D., *de instit. act.* Paul, l. 17, § 2, *de instit. act.* Casaregis, disc. 35, n°s 10 et 11, et disc. 128, n°s 6 et 7. Mantica, *De tacit. et ambig.*, lib. VII, t. XXV, n° 5; XXI, n° 4. Pothier, *Mandat*, n°s 109, 111, et *Oblig.*, n° 448.

Mais je ne voudrais admettre cette règle, en droit français, que lorsque la préposition est salariée. Car alors elle est un louage d'ouvrages plutôt qu'un mandat; et l'on sait que le louage d'ouvrages n'est pas dissous par la mort du maître (1).

Cependant, je dois avouer que les auteurs commerciaux les plus accrédités ne font pas cette distinction (2), et Casaregis rapporte une décision qui semble la repousser (3).

Jean-Pierre, banquier, avait établi à Venise une succursale de sa maison; il avait mis à la tête de cet établissement Joseph-Marie, l'un de ses fils, et avait écrit à tous ses correspondants une circulaire pour qu'ils considérassent ledit Joseph-Marie comme maître de cette branche de commerce, promettant d'être sa caution pour toutes les obligations qu'il contracterait.

Il décéda, laissant quatre enfants: Joseph-Marie, majeur, Léonard, Octave et Louis, mineurs, sous la tutelle de leur mère.

Joseph-Marie continua la banque; il contracta, après le décès de son père, des obligations commerciales.

Un débat fort animé s'éleva entre les enfants pour savoir si la succession devait répondre des lettres de change souscrites par Joseph-Marie depuis que son père était décédé. Au nom des enfants mineurs, il fut soutenu que ces effets étaient des obligations nouvelles qui ne pouvaient réfléchir contre les héritiers de Jean-Pierre, puisque le mandat qu'il avait donné était expiré par son décès. On invoquait la loi 41, D., *de reb. credit.*, si célèbre en cette matière, et l'on ajoutait que Léonard, Octave et Louis étaient mineurs lors du décès de leur père, et qu'ils devaient d'autant moins être tenus des suites d'un mandat qui avait reçu de si nombreuses atteintes par le décès du mandant (4).

(1) Mon *Comm. du Louage*, n° 1045. *Suprà*, n° 227.

(2) Casaregis, disc. 29, n°s 10 et 11, d'après une foule de docteurs du droit civil, et disc. 128, n° 6.

(3) Disc. 35, n°s 14, 15 et suiv.

(4) *Ibidem*, n° 15.

Néanmoins, la décision des juges fut contraire à cette prétention. En voici les bâses :

La loi 41, D., *si cert. petat.*, concerne une espèce différente. Africain, des écrits duquel elle a été tirée, prévoit le cas d'un esclave (*dispensator*) qui avait été préposé par son maître pour faire valoir ses capitaux à intérêt dans la province (1). Son maître décéda, lui laissant la liberté et lui donnant une partie de sa succession. Lui, ignorant ce changement d'état, avait fait des contrats que ses cohéritiers refusèrent de ratifier pour leur part, prétendant qu'ils excédaient les termes de son institution (2). Il avait reçu des payements et donné quittance ; il avait replacé les fonds, exigé des gages, stipulé des intérêts. *Quid juris* sur tous ces points ? Africain les examine. Mais ce qui fait que la décision par laquelle il condamne les actes passés avec le *dispensator* par ceux qui connaissaient le décès du maître n'est pas applicable au cas actuel, c'est qu'il s'agit, non pas d'un esclave instituteur, mais d'un *dispensator*, préposé à l'exercice du kalendaire. Or la *dispensatio* est gouvernée par les principes du mandat plutôt que par les principes de la préposition. Africain applique donc les principes purs du mandat. Mais les principes relatifs à l'instituteur sont différents : le mandat ordinaire finit par la mort, et le mandat du *dispensator* est un mandat ordinaire ; mais le mandat de l'instituteur ne finit pas par la mort du mandant. "*Morte ejus*, dit Cujas, *qui præposuit mercibus institorem non finitur præpositio ; dispensatio pecuniæ finitur, et mandato potiùs accidit quàm præpositioni* (3)."

Maintenant, quel est le fait sur lequel il y a lieu de statuer ? Il faut examiner les nuances qu'il présente.

Jean-Pierre a pris envers les tiers auxquels il a annoncé le commerce de son fils la qualité de caution de ce dernier (4).

(1) Voy. mon *Comm. du Prêt*, préface, n°s XVII, XVIII.

(2) Il faut voir Cujas, *Ad Afric.*, *tract.* 8, sur la loi *Ejus qui* (*de reb. credit.*)

(3) *Loc. cit.*

(4) Casaregis, *loc. cit.*, n°s 20, 21, 22.

Ce n'est pas un instituteur dont il leur a signalé l'existence: c'est l'établissement d'un nouveau commerce par la personne recommandée ; c'est la garantie d'une vraie caution offerte aux tiers.

Or, qui ne sait que la caution engendre des obligations qui se transmettent aux héritiers (1)?

Il est vrai qu'après un an d'exercice de la banque en son propre nom, Joseph-Marie annonça que le commerce continuerait, à l'avenir, sous le nom de Jean-Pierre, son père, alors vivant (2). Mais Jean-Pierre n'étant intervenu à ce changement par aucun fait personnel, son obligation comme fidéjusseur de tous les actes faits et à faire par son fils est resté la même ; elle a couvert la nouvelle position prise par Joseph-Marie. Il faut même ajouter que si Jean-Pierre en a eu connaissance et a souffert que son nom fût employé par son fils, il est censé avoir voulu fortifier sa première obligation plutôt que l'amoindrir (3).

Mais si on laisse à l'écart cet aspect de l'affaire, et qu'on regarde Joseph-Marie comme l'instituteur de son père, la cause des mineurs ne sera pas meilleure (4). D'une part, leur mère et tutrice, au lieu de révoquer le mandat donné par le père commun à Joseph-Marie, l'a plutôt confirmé. D'autre part, le mandat de l'instituteur se continue après le décès du maître, même avec ses héritiers mineurs (5). L'utilité du commerce, qui est aussi une utilité publique, veut que celui qui a contracté avec l'instituteur d'un négociant, dont les pouvoirs ne sont pas révoqués par les héritiers de ce négociant décédé ou par le tuteur de ses héritiers mineurs, ne soit pas trompé

(1) L. 24, C., *de fidejussor.* Inst. de Just., *De fidej.*, § 2.

(2) N° 22.

(3) N° 23.

(4) N° 27.

(5) Ulpien, l. 11, D., *de inst. act.* Paul, l. 17, § 2, D., *de inst. act.* Mon *Comm. de la Société*, n° 903.

dans sa confiance (1). En cela (il faut le répéter) on ne suit pas les principes ordinaires du mandat ; la préposition de l'instituteur est gouvernée par des règles particulières.

Nonobstant ces raisons et ces autorités, je pense que la préposition gratuite, véritable mandat, finit par la mort du mandant. Mais comme dans le commerce la préposition est presque toujours salariée, la question présente peu d'intérêt pratique, et les règles du louage viennent la dominer.

737. Il n'est pas toujours nécessaire qu'une convention intervienne pour que le mandat survive à la mort du mandant.

Par exemple, le mandat du *procurator in rem suam* ne cesse pas par la mort (2).

Ainsi, si Pierre vous charge de recouvrer des sommes d'argent qui lui sont dues, avec stipulation que vous emploierez ces sommes à vous payer de ce dont il vous est redevable, ce mandat ne sera pas révoqué par la mort de Pierre (3) ; ses héritiers seront tenus de lui laisser sa continuation (4).

(1) Voyez Cujas, *Ad Afric.* (*loc. cit.*) Donell., lib. XV, c. XLIX, n° 70.

(2) Zachariæ, t. III, p. 134, 135 ; Duranton, t. XVIII, n° 284.

(3) L. 15, D., *de pactis* ; l. 106, D., *de solut.*

(4) *Suprà*, n° 718. Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 445 (note).

Add. Op. conf. de Zachariæ, § 416, où il dit : "Il en est de même si le mandat a été donné non-seulement dans l'intérêt du mandant, mais encore dans celui du mandataire ou d'un tiers."

Ses annotateurs ajoutent : "Ainsi lorsque dans un contrat un tiers a été, pour son intérêt ou pour celui du débiteur, indiqué à l'effet de recevoir le payement de l'obligation résultant de ce contrat, le mandat de ce tiers ne s'éteint point par la mort du créancier (Duranton, t. XVIII, p. 284). Ainsi encore lorsque, dans un contrat de constitution d'hypothèque, le débiteur a donné pouvoir au créancier de vendre, à défaut de payement au terme convenu, les immeubles soumis à l'hypothèque, ce mandat ne finit point par la mort du débiteur."

Jurisprudence.—Le mandat qui fait partie d'une convention et qui a pour objet l'exécution de cette même convention, ne peut être révoqué que du consentement des deux parties contractantes. Bruxelles, 22 juin 1820 (*Pasicrisie*).

Il en est de même dans tous les cas où le mandat est la condition d'un contrat ou le moyen d'exécution d'une obligation contractée (1).

Par exemple, quand un failli fait cession de biens à ses créanciers (2).

Il en est encore de même dans le mandat de payer que renferme une lettre de change (3).

738. Quelquefois le mandat est donné sous forme de prête-nom ; le mandant veut alors parer son mandataire du titre de maître de la chose à l'égard des tiers, et par là il prévient la fin du mandat par son propre décès. C'est le cas de rappeler le principe posé au n° 718 par Casaregis. C'est comme si le mandant avait déclaré qu'il voulait que le mandat continuât après son décès. On peut même dire que cette volonté est beaucoup plus énergique quand elle se présente sous la forme du prête-nom.

En pareil cas, le mandat se prolonge, même à l'égard des tiers qui ont su que la qualité de prête-nom n'était qu'apparente. La raison en est simple : cette connaissance équivaut à la connaissance de la volonté que le mandat ne soit pas affecté par la mort (4).

739. Quand le mandat a été donné par plusieurs pour une chose commune, la mort d'un seul mandant le fait cesser. On peut appliquer ici ce que nous avons dit ci-dessus du cas de révocation (5).

740. Du reste, le mandat dure même après le décès, pour terminer ce qui est commencé, s'il y a péril en la demeure.

(1) Caius, l. 106, D., *de solut.*

(2) Delamarre et Lepoitevin, t. II, *loc. cit.*

(3) Casaregis, disc. 21, n° 17.

(4) Un arrêt de Paris, rapporté dans la *Gazette des Tribunaux* des 3 et 10 août 1845, paraît contraire à cette proposition, mais il est déterminé par des circonstances particulières.

(5) N° 719.

L'art. 1991 est textuel (1): le mandataire doit pourvoir aux besoins du moment, prendre les mesures conservatoires, prévenir les causes de pertes, remplacer, en un mot, pour tout ce qui est urgent, les héritiers absents. Mais cette prorogation de ses pouvoirs se renferme dans les actes qui ne sont pas susceptibles de remise. Tout ce qui peut être différé restera intact.

741. L'article 2003 assimile la mort civile à la mort naturelle.

Lorsque le mandat émane d'une société, c'est-à-dire d'un corps moral, la dissolution de ce corps équivaut au décès et en opère les effets sur le mandat (2).

742. La mort du mandataire met fin au mandat (3) bien

(1) *Suprà*, n° 383. L. 23, C., *de procurat.* Pothier, n° 107. Casaregis, disc. 128, n°s 6, 7. Favre, *Code*, 2, 8, 4.

(2) Add. *Jurisprudence.* — Jugé en conséquence que le liquidateur d'une société commerciale à laquelle avait été donné le mandat de vendre des marchandises, ne peut être considéré de plein droit comme le commissionnaire du commettant, aux lieu et place de la société dissoute. Il ne peut donc vendre les marchandises sans un nouveau mandat. Civ. c., 11 vendém. an VII (D. A., II, 743; D. P., III, 1, 167).

—Depuis la loi du 2 mars 1791, qui abolit les maitrises et les corporations, les actions qu'on peut avoir à exercer contre des individus qui faisaient partie de ces corps doivent être intentées contre eux personnellement, et non contre les syndics, qui sont même non recevables à intervenir dans l'instance en cette qualité. Limoges, 18 novembre 1823 (D. P., XXIII, 1, 467).

—Les anciens membres des corporations supprimées peuvent encore se réunir du consentement des autorités administratives, pour délibérer sur des intérêts qui remontent à l'époque de l'existence de ces corporations; en ce cas, les délibérations signées par la majorité des personnes qui composent ces assemblées lient les membres présents qui n'ont pas signé.

Et les syndics nommés dans ces réunions peuvent représenter leurs commettants en justice, nonobstant la règle qu'on ne plaide point en France par procureur. Req., 7 septembre 1814 (D. P., XV, 1, 47).

(3) Caius, l. 27, § 3, D., *mandati.*

plus radicalement encore (1) que la mort du mandant. On avait choisi son aptitude et ses qualités personnelles ; son décès enlève au mandant ces garanties. Tout se trouve arrêté par cet événement, et ses héritiers n'ont rien à faire qu'à apurer et liquider le passé (2). Ils peuvent cependant achever ce qui a été commencé et ne souffre pas de retardement (3). Dans tous les cas, ils doivent donner avis au mandant de la mort du mandataire (art. 2010).

Si le mandat a été donné à trois personnes, avec l'intention que toutes trois aient une action commune et de concert, il est dissous par la mort de l'une d'elles. Ce décès empêche le concours simultané qui était la condition du mandat.

C'est ce qui a été jugé par arrêt de la chambre des requêtes du 23 décembre 1845 (Jaubert, rapporteur ; Delapalme, avocat général (4).

743. Le mandat est également dissous par la mort civile du mandataire.

Et si le mandat a été donné à une société, la dissolution du corps moral, pareille au décès de l'individu, fait cesser le mandat.

744. Le changement d'état subi par le mandant est une autre cause de cessation du mandat (5).

Par changement d'état nous entendons non-seulement l'interdiction (6), la déconfiture ou faillite (7) (cas prévus expressément par notre article), mais encore tout changement par

(1) Favre, sur cette loi : *Major ratio subesse videtur.*

(2) Caius, l. 26, § 3, D., *mandati.*

(3) Favre, sur cette loi ; Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 442.

(4) Add. Op. conf. de Dalloz, *Mandat*, sect. IV, n° 9, où il ajoute : " Il en serait autrement si chacun avait reçu séparément le pouvoir de faire seul la chose."

(5) Casaregis, disc. 35, n° 15.

(6) Paul, l. 48, D., *de acq. hæred.*

(7) Casaregis, disc. 152, nos 4 et 5.

suite duquel une personne perd, en tout ou en partie, l'exercice de ses droits (1).

745. L'interdiction du mandant atteste qu'il est incapable d'avoir désormais une volonté saine. Le mandat qu'il avait donné manque donc pour l'avenir de son fondement. Il s'évanouit (2).

Un individu avait chargé Titius de réclamer pour lui une succession. Avant que Titius ne fît des démarches, le mandant devint furieux : *furere cœpit.* Suivant le jurisconsulte Paul, tout ce qui a été fait depuis le changement d'état, par le mandataire qui en avait connaissance, n'a aucune valeur (3).

746. La déconfiture et la faillite produisent, par d'autres raisons, le même résultat. Le mandant a perdu toute confiance et tout crédit (4). Le mandataire est délié pour l'avenir (5).

(1) Pothier, n° 111; Delvincourt, t. III; Duranton, t. XVIII, n°s 285, 286; Zachariæ, t. III, p. 135.

(2) Add. *Jurisprudence.* — Le brevet de libraire est incessible de sa nature. En conséquence, le fils d'un libraire breveté, mais interdit pour cause d'aliénation mentale, n'a pu continuer, sous le nom de son père, le commerce de la librairie, sans contrevenir à l'art. 11 de la loi du 21 octobre 1814. En vain prétexterait-il d'un mandat à lui donné par son père. Ce mandat, s'il était antérieur à l'interdiction, serait révoqué de plein droit par le fait de cette interdiction; s'il lui était postérieur, il serait nul. Nancy, 23 janvier 1828 (D. P., XXIX, 2, 115).

(3) L. 48, D., *de acq. hæred.*

(4) Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 450.

(5) Add. Op. conf. de Favard de Langlade, *Mandat,* § 3, n° 4, où il dit : "Il en résulte que l'un ne donnant plus de garantie à l'autre pour l'exécution des obligations qui naissent du mandat, le contrat ne peut plus subsister." Op. conf. de Rolland de Villargues, *Mandat,* n° 155; de Deleurie, n° 11772.

Les annotateurs de Zachariæ, § 416, citent ici : Bordeaux, 18 juillet 1832 (D. P., XXXIII, 2, 56).

Dalloz, *Mandat,* sect. IV, n° 7, dit ici : "En cas de faillite ou de déconfiture... la loi ôte au mandant l'administration de ses biens; il n'a

747. Si le mandant a subi une de ces peines qui, sans entraîner la mort civile, lui enlèvent l'administration de ses biens pour la conférer à un curateur (1), la procuration prend fin.

748. Il en est de même s'il est placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire. Tout mandat donné antérieurement, pour des actes autres que ceux que la loi permet à sa capacité, désormais si restreinte (2), tombe nécessairement.

plus dès lors capacité pour transmettre à un autre des pouvoirs qu'il n'a plus."

Jurisprudence.—L'art. 2003 ne prive pas celui qui est tombé en déconfiture du droit de donner un mandat, et ne rend pas nul tout ce qui est fait en vertu du mandat ainsi donné depuis la dèconfiture du mandant. Bruxelles, 20 mai 1826 (*Jur. de Belg.*, 1826, 2, 13; *Quest. de droit*, t. I, p. 432, édit. in-8º.

(1) Art. 29 du code pénal, modifié par la loi du 28 août 1832.

Add. *Jurisprudence.* — Le mandat n'a pas fini, à l'égard du mandant, par la mort civile résultant de son émigration. Cass., 2 sept. 1807 (Sirey, VII, 450).

Duranton, nº 285, ajoute à la proposition de Troplong : " Et si le mandat a été donné par un individu qui a été ensuite condamné par contumace à une peine afflictive ou infamante, il est également anéanti, puisque, aux termes de l'art. 471 du code d'instruction criminelle, les biens du condamné sont, à partir de l'exécution de l'arrêt, considérés et régis comme biens d'absents, et que le séquestre apposé avant le jugement, en vertu de l'article 465 du même code, est maintenu, pour le compte être rendu à qui il appartiendra, après que la condamnation sera devenue irrévocable par l'expiration du délai donné pour purger la contumace; ce qui est bien là une véritable interdiction, surtout si on rapproche cette disposition de celle de l'art. 465 précité."

(2) Art. 499, 513.

Add. Duranton fait une distinction, nº 286 : " Mais si le mandat, dit-il, n'avait pour objet qu'un de ces actes de simple administration que le mandant pourrait faire sans cette assistance, il n'est point révoqué. La raison de cette double décision, c'est que le mandant est censé faire lui-même ce que fait le mandataire; par conséquent, lorsqu'il ne peut faire la chose, on ne peut plus supposer de mandat de sa part; mais lorsqu'il peut encore la faire, il n'y a pas de motif de regarder le mandat comme anéanti."

749. La femme qui se marie subit un changement d'état qui affecte également le mandat qu'elle avait donné avant de passer en puissance (1).

749 2° (2).

749 3° (3).

(1) Pothier, n° 111.

Add. Op. conf. de Rolland de Villargues, *Mandat*, n° 152.

Delvincourt, t. VII in-8°, p. 333, fait une restriction quand il dit : " *Quid* si la femme du mandataire vient à se marier sous le régime de la communauté ? Il faut observer : 1° que celui qui accepte un mandat contracte par cela seul l'obligation de faire l'affaire qui en est l'objet, sauf révocation ou renonciation tempestive ; et 2° qu'aux termes de l'art. 1410, le mari succède aux obligations contractées par la femme avant le mariage, si elles sont prouvées par acte ayant date certaine antérieure audit mariage. D'après cela, je pense que si le mandat a date certaine, le mariage de la femme mandataire n'en opère pas la révocation, sauf au mari à renoncer s'il le juge convenable, et si les choses sont encore entières."

Duranton, n° 286, poursuivant ici les conséquences de la distinction qu'il a posée et qui est rappelée au n° 748 ci-dessus (note 15), dit : " C'est d'après cette distinction qu'on doit décider que le mandat donné par une femme avant son mariage est ou non révoqué par le fait du mariage : si donc la chose qu'il s'agirait de faire rentre dans l'administration qu'a le mari des biens de sa femme, ou même si c'est une chose qui ne rentre pas dans cette administration, mais que la femme ne pourrait faire sans être autorisée du mari, ou de justice, au refus de celui-ci, le mandat est révoqué de plein droit par le mariage. Mais si c'est une chose que la femme, d'après la nature du régime matrimonial qu'elle a adopté, a le droit de faire elle-même et qu'elle peut faire sans avoir besoin d'autorisation, parce qu'il ne s'agirait que d'un simple acte d'administration et que la femme serait séparée de biens, nul doute que le mandat n'est pas révoqué par le fait seul du mariage de la mandatrice."

(2) Add. Quid *en cas d'absence déclarée du mandant ?* — Dalloz, *Mandat*, sect. 4, n° 7, dit sur la difficulté : " On a vu, v° *Absent*, dans le cas où une procuration aurait été laissée par celui dont on voudrait faire prononcer l'absence, que dix années devraient s'écouler depuis la disparition ou les dernières nouvelles, avant qu'elle pût être déclarée. Cette déclaration d'absence met donc, ainsi que la mort, fin au mandat."

(3) Add. *Mais à qui doit être rendu le compte de gestion lorsque le mandat vient à cesser de l'une des manières ci-dessus ?*—Dalloz, *Mandat*,

750. Les mêmes changements d'état qui agissent sur le mandant pour réfléchir sur l'existence du mandat mettent fin au contrat quand ils tombent sur la personne du mandataire. De là cet axiome; " *Mandatum ipso jure revocatum intelligis, ubi deterioris conditionis mandatarius effectus exstitit* (1)." Quand, en effet, il survient un événement d'une nature telle que le mandant aurait vraisemblablement révoqué le mandat s'il en eût eu connaissance, la loi le tient pour révoqué de plein droit, et l'on sous-entend toujours la condition *si in eodem statu maneat mandatarius* (2). La loi suppose, par une présomption frappante de justesse, que le changement d'état du mandataire entraîne un changement de volonté de la part du mandant (3).

751. Ainsi, si le mandataire tombe en déconfiture, s'il prend la fuite, s'il tombe en faillite (4), s'il est dessaisi de ses

sect. IV, n° 7, répond : " Il faut distinguer : en cas de mort civile ou naturelle, c'est aux héritiers appelés à recueillir la succession. En cas de changement d'état, tel que l'interdiction ou le mariage, s'il s'agissait d'une femme non mariée au moment où a été donné le mandat, c'est au tuteur ou au mari, et en cas de faillite, c'est aux créanciers ou aux syndics qu'ils ont chargés de les représenter."

Op. conf. de Delvincourt, t. VII in-8°, p. 333, où il dit: " Il serait rendu à celui ou par celui qui serait légalement chargé de représenter le mandant ou le mandataire."

(1) Straccha, *De decoctor.*, part. III, n° 50.

(2) Arg. de la loi 38, D., *de solut.* (Africanus, lib. VII, *Quæst.*) Voyez Straccha, *loc. cit.* Favre, *Cod.*, lib. IV, t. XXVI, def. 2.

(3) *Mutato statu procuratoris, dicitur statim mutata voluntas in mandante.* Casaregis, disc. 135, n° 16. Menochius, *de præsumpt.*, lib. VI, præsumpt. 37, n° 38.

(4) Add. *Jurisprudence.*—Quoique le tiers chargé, au moyen d'un endos, par le mandataire, constitué aussi par voie d'endossement du tireur d'une lettre de change, d'en procurer le payement, verse valablement entre les mains de ce mandataire le produit de la traite acquittée, tant que le mandat n'a pas pris fin, cependant, s'il arrive que ce mandataire tombe en faillite, le tiers ne peut payer même le porteur d'une traite tirée par le mandataire, et non acceptée avant la faillite; le payement

biens ou de leur administration, s'il passe en puissance d'autrui, etc., etc., dans tous ces cas, son mandat est censé révoqué par la loi (1). Le mandant n'a rien à lui notifier pour faire cesser le contrat; car la révocation ne provient pas de son fait, mais du fait de lui, mandataire, révoqué *ipso jure* (2).

752. Toutefois nous verrons, par l'article 2009, que les tiers qui ont traité de bonne foi avec lui sont protégés par une raison de crédit et d'utilité publique (3). Les principes

fait dans cette circonstance, c'est-à-dire après cessation du mandat, ne serait pas opposable au tireur. Bordeaux, 18 juillet 1832 (D. P., XXXIII, 2, 55).

— Mais le mandat irrévocable de vendre l'immeuble hypothéqué, donné au créancier dans l'acte même d'obligation, n'est pas révoqué par la faillite de ce dernier, et peut être exercé par ses syndics, alors d'ailleurs qu'il a été stipulé que le mandat pourrait être exercé tant par lui que par ses créanciers et ayants cause. Bordeaux, 23 novembre 1831 (D. P., XXXII, 2, 29).

(1) Straccha, *loc. cit.*

(2) Idem, *ibidem.*

Add. Dalloz, *Mandat*, sect. IV, n° 10, fait une restriction: "Dès qu'il s'opère, dit-il, dans la position du mandataire un changement qui peut diminuer les garanties qu'il présentait à la confiance du mandant, on doit supposer qu'il n'est plus dans l'intention de celui-ci de lui confier aucune administration. Mais cette présomption doit céder à une présomption plus forte, lorsqu'il résulte de la conduite du mandant l'intention de continuer ses pouvoirs, si, par exemple, le mandataire a géré depuis sa déconfiture au vu et su du mandant et sans opposition de sa part. Le mandant ne doit alors imputer qu'à lui seul les conséquences de son inaction."

Duranton dit généralement, n° 291: " Le mandat finit pareillement par la mort naturelle ou civile du mandataire, par son interdiction, sa faillite ou sa déconfiture, et par son changement d'état: par exemple, si c'est une fille ou une veuve, et qu'elle vienne à se marier, le mandat prend fin par son mariage. Il en est de même si c'est un individu qui vient ensuite à être placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit ou prodigalité; car cette femme ou cet individu n'ont plus par eux-mêmes la capacité de s'obliger envers le mandant."

(3) Straccha, n° 52.

que nous venons d'exposer sur la révocation du mandat par le changement d'état du mandataire ne s'applique dans leur sévérité qu'entre personnes qui ont eu connaissance de cet événement (1).

753. Le mandataire est quelquefois un mandant par rapport à une personne à laquelle il a délégué ses pouvoirs (2). Alors la révocation de ce mandant entraîne la révocation de ce sous-mandataire : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Le pouvoir de celui-ci ne peut avoir plus de durée que le pouvoir dont il est une émanation (3).

C'est ce qui arrive dans les tutelles. Le tuteur, qui n'est qu'un mandataire d'une espèce particulière, donne des mandats pour la gestion des affaires du mineur, et ces mandats sont éteints par la cessation de ses fonctions (4). Ils sont éteints parce que c'est de lui qu'ils émanent, parce qu'il est le véritable mandant, parce qu'on ne peut pas dire qu'il a donné, aux lieu et place du mineur, ce mandat dont il doit personnellement compte et qui a été un acte de sa charge.

754. Si le délégué n'a pas connu la cessation des pouvoirs de son mandant, quel sera le sort des actes qu'il a faits de bonne foi ?

De deux choses l'une : ou le mandant primitif avait autorisé l'adjonction d'un substitué, où il ne l'avait pas autorisée. S'il l'avait autorisée, le délégué à qui il a laissé ignorer la révocation du substituant pourra le contraindre par l'action *mandati contraria* à ratifier ses actes.

S'il ne l'avait pas autorisée, le délégué n'aura d'action que

(1) Idem, n° 53.

(2) *Suprà*, n° 445.

(3) Add. Op. conf. de Duranton, n° 289.

(4) Pothier, n° 104 ; Louet, lettre C, c. XXVII.

Add. Op. conf. de Rolland de Villargues, *Mandat*, n° 156 ; de Duranton, n° 289. " Même décision, ajoute-t-il, au sujet du mandat donné par le mari pour l'administration des biens de sa femme : il cesse dès que le mari cesse d'avoir cette administration."

contre son propre mandant ; tout ce qui a été fait sera, pour le mandant originaire, *res inter alios acta.*

755. Et quant aux tiers de bonne foi, le principe de l'article 2009 vient à leur secours. Néanmoins, ils n'ont d'action contre le mandant primitif qu'autant que celui-ci avait autorisé la substitution. On sait, en effet, que le mandant originaire ne peut être responsable des faits de celui qui lui est étranger.

756. Au reste, la révocation du déléguant ne fait tomber le pouvoir du délégué que tout autant qu'il n'y aurait pas quelque acte duquel on pourrait inférer que le mandant originaire avait accepté ce délégué pour son propre mandataire (1). Le mandataire du tuteur ne peut jamais être censé être un mandataire que le mineur se soit approprié (2), et c'est pour cela que nous avons dit au nº 753 que la cessation du pouvoir du tuteur fait tomber le pouvoir de son mandataire. Mais, dans les cas de substitution où le mandant primitif est majeur et maître de ses droits, s'il a manifesté l'intention de se rendre propre le mandat donné au sous-mandataire, la révocation du déléguant ne fait pas tomber le pouvoir du sous-mandataire.

757. Quand le mandant originaire décède, ce décès, pareil à la révocation, fait crouler la délégation. Il en est de même de la mort civile et des autres changements d'état qui tombent sur sa personne et mettent fin au mandat. Par exemple, Pierre avait chargé Primus de l'administration de ses biens, et Primus s'était substitué Secundus. Il est évident que le décès de Pierre, ou son interdiction, faisant tomber le pou-

(1) Delamarre et Lepoitevin, t. II, nº 437.

(2) Ad. Op. conf. de Delvincourt, t. VII in-8º, p. 333, où il dit: " Le mandataire est réellement l'homme du tuteur; car son compte particulier est, comme nous l'avons dit ailleurs, un des éléments du compte général que le tuteur doit rendre. C'est donc le tuteur qui est véritablement le mandant. D'ailleurs, le mandataire a pu vouloir rendre service au tuteur, et n'avoir pas les mêmes sentiments de bienveillance pour son successeur, ou pour le mineur lui-même, devenu majeur."

voir de Primus, entraîne nécessairement la cessation du pouvoir de Secundus. *Resoluto jure dantis*, etc., etc.

758. Mais en est-il de même quand la mort ou autres changements d'état énumérés ci-dessus atteignent, non plus le mandant primitif, mais le deléguant seul ?

Nous supposons que le déléguant a été autorisé à se substituer un remplaçant ; car s'il n'en était pas ainsi, il n'y aurait de contrat qu'entre le déléguant et le délégué, et l'affaire se passerait entre eux seuls, sous l'autorité des règles ordinaires. Mais notre difficulté ne commence qu'au cas où tout remonte à la volonté du mandant primitif.

Or voici une décision du sénat de Chambéry, du mois de juillet 1595, rapportée par le président Favre (1). Titius, procureur général de Sempronius, s'était substitué Mævius, pour soutenir un certain procès, dans un cas où il en avait le pouvoir. Titius décède. Question de savoir si la procuration qu'il a donnée à Mævius expire par sa mort. L'arrêt décida qu'il n'y aurait eu révocation qu'autant que Sempronius serait décédé.

C'est encore la doctrine de Voet (2) et de Delamarre et Lepoitevin (3).

Pour moi, je croirais de préférence qu'il faut la limiter par une distinction.

Ou le mandat portait le pouvoir de se substituer *un tel*, ou il ne contenait qu'une autorisation vague de se substituer, sans désignation de personne.

Dans le premier cas, la mort du déléguant n'est d'aucune considération ; ce n'est pas lui qui a fait le choix ; c'est le mandant primitif qui est l'auteur de ce choix, et le délégué est censé être son mandataire direct (4). Dans le second cas, il n'en est pas ainsi. C'est le déléguant qui a choisi ; c'est

(1) *Cod.*, lib. II, t. VIII, def. 24.

(2) *Mandati*, n° 15.

(3) T. II, n° 445.

(4) *Suprà*, n° 451. Pothier, n° 105.

lui qui a donné le mandat ; c'est lui qui en doit compte. Son décès entraîne donc la révocation de ce sous-mandat (1).

Tel est le sentiment de Pothier. Il me paraît le plus exact et le plus sûr (2).

759. La force majeure peut détruire la chose objet du mandat (3).

Elle peut aussi élever des obstacles qui mettent le mandataire dans l'impossibilité absolue d'agir (4) (argument de l'article 2007, *in fine*).

Nous avons montré ci-dessus (5) comment et dans quels cas ces événements mettent fin au mandat. Nous n'avons rien à ajouter ici à nos développements (6).

760. Il est inutile de dire que la consommation de l'affaire met fin au mandat et qu'il ne reste plus qu'à rendre compte (7). *Peracto negotio, finitur officium ; functus est mandatarius officio.* On a vu, au n° 565 ci-dessus, un exemple remarquable de cette conclusion du mandat. On en trouvera un autre au n° 825 (8).

761. L'expiration du temps précis pendant lequel le man-

(1) Pothier, *ibidem.*

(2) *Suprà*, n° 451.

(3) *Suprà*, n° 360.

(4) *Suprà*, nos 341 et suiv., 311, 314, 315, 345 et suiv.

(5) *Loc. cit.*

(6) Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 451.

(7) Idem, t. II, n° 455 ; Zachariæ, t. III, p. 135.

(8) Add. *Jurisprudence.* — Le mandat pour la gestion d'une affaire *spéciale* prend fin aussitôt que cette affaire est terminée, tellement que, bien que le mandant n'aurait pas encore connaissance de cette exécution du mandat, il n'est pas loisible au mandataire d'anéantir, d'accord avec la partie adverse, la première opération, pour lui en substituer une nouvelle.

Par suite, la partie adverse, étant elle-même en faute, n'est pas fondée à réclamer des dommages-intérêts contre le mandataire dont le mandant refuse de sanctionner l'opération. Bourges, 18 juillet 1831 (D. P., XXXIII, 2, 48).

dat devait durer met également fin aux pouvoirs du mandataire. Si je vous ai donné mandat pour gérer mes affaires pendant mon absence, votre mandat cesse quand je suis revenu de mon voyage (1).

Ces vérités sont si élémentaires, qu'il suffit de les mentionner.

762. Lorsque le mandat est expiré, les actes faits par le mandataire ne lient pas le mandant. Telle est la règle générale. Nous verrons les exceptions aux articles 2005, 2008, 2009.

763. Quand le mandant soutient que le mandataire a antidaté un acte qui, ayant été fait en réalite après la cessation du mandat, porte une date antérieure, la jurisprudence décide que c'est à lui, mandant, qui articule une fraude, à la prouver. Il ne peut se dire tiers, dans le sens de l'article 1328, par rapport au mandataire qui tient ses pouvoirs de lui et qu'il a préposé à la gestion de ses affaires. C'est ce qu'ont jugé les cours de Bordeaux (2), Paris (3), et la cour de cassation (4).

On peut consulter, du reste, les principes et la jurisprudence dont nous avons exposé les détails dans notre *Commentaire de la Rente viagère*, sur une question de même nature (5).

---

* *Story* (*Schouler*), *On Bailments*, *n°* 202-211. } § 202. We next come to the inquiry, in what manner the contract of mandate may be dissolved. And, in the first place, it may at the common law be dissolved by the renunciation of the mandatary, at any time before he

(1) Pothier, *Mandat*, n° 119.

(2) 22 janvier 1827 (Sirey, XXVII, 2, 65).

(3) 7 janvier 1834 (Sirey, XXXIV, 2, 239).

(4) Req., 19 novembre 1834 (Sirey, XXXIV, 1, 666). *Junge* Bourges, 17 mai 1842 (Dalloz, XLIII, 2, 100).

(5) N°s 277 et suiv.

has entered upon its execution; although the rule of the Roman and foreign law is (as we have seen), under some circumstances, different (1). But in this case, as indeed in all others where the contract is dissolved before the act is done, which the parties intended, the property bailed is to be restored to the mandator (2). In the second place, it is, or may be, dissolved by the death of the mandatary; for, being founded in personal confidence, it is not presumed to pass to his representatives, unless there is some special stipulation to that effect (3). But this principally applies to cases where the mandate remains wholly unexecuted; for, if it be in part executed, there may, in some cases, arise a personal obligation on the part of the representatives to complete it (4). As, for example, if A. has bought books for B. at his request, to be sent to B. at Washington, and the books are bought, and before they are sent to Washington A. dies, the representative of A. is bound to send them. At least, such is the doctrine of the Roman and foreign law (5). If there are joint mandataries, the death of one of them dissolves the contract as to all, according to the French law (6). At the common law the rule will be the same, whenever the bail-

(1) *Ante*, § 164, 165; *post*, § 208; Story on Agency, § 462, 478, 479; Pothier, Pand. Lib. 17, tit. 1, n. 80; Pothier, Contrat de Mandat, n. 38, 44; 2 Kent, Comm. Lect. 40, p. 569-571; Code of Louisiana of 1825, art. 3000; 1 Bell, Comm. § 413, 4th edit.; 1 Bell, Comm. p. 488, 5th edit.

(2) See also Pothier, Contrat de Mandat, n. 38 to 46.

(3) 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 643, 644, 4th edit.; Story on Agency, § 488, 491, 492, 493, 494; Pothier, Contrat de Mandat, n. 100, 101; Code of Louisiana of 1825, art. 2996; Pothier, Contrat de Mandat, n. 80; Ersk. Inst. B. 3, tit. 3, § 40.

(4) 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 643, 644, 4th edit. See Story on Agency, § 465, 466.

(5) Pothier, Contrat de Mandat, n. 101; Pothier, Pand. Lib. 17, tit. 1, n. 80; 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 643, 644, 4th edit.; Ersk. Inst. B. 3, tit. 3, § 40.

(6) Id. n. 102; 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 643, 644, 646, 4th edit.

ment is of a nature which requires the united advice, confidence, and skill of all, and may, therefore, be deemed a joint personal trust to all. The general rule of the common law is, that an authority to two cannot be executed, except by both; and if one refuse, or die, the authority is gone; for in such cases the authority is construed strictly. Therefore, generally, an authority given to A., B., and C., to sell a thing, is gone by the death of either of them (1). But suppose goods are sent to a partnership at Boston, to be by them sent to New Orleans, and they gratuitously undertake to forward them, and then one of the partners dies; is the mandate at an end, it being an act in its own nature requiring no peculiar personal confidence or skill? Suppose goods sent to a partnership to sell gratis, and one partner dies; is the power to sell necessarily gone, or may it be construed by implication to survive? These questions are put merely for consideration; as they do not appear to have been decided by any direct authority (2). But where the authority is joint and several, there the death of one mandatary does not revoke the authority of the others to act (3).

§ 203. The death of the mandator, in like manner, puts an end to the contract; the rule of the common law being, on this point, coincident with that of the Roman law: "Mandatum, re integrâ, domini morte finitur (4)." And in like

(1) See Co. Litt. 112 b; Id. 181 b; Comm. Dig. *Attorney*, C. 8; Bac. Abridg. *Authority*, C.; 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 643, 644, 646, 4th edit.; Story on Agency, § 488.

(2) See 2 Kent, Comm. Lect, 41, p. 643, 644, 646, 4th edit.; Wells v. Ross, 7 Taunt. 403; Story on Agency, § 488 to 500.

(3) Pothier, Contrat de Mandat, n. 102, 109.

(4) Cod. Lib. 4, tit. 35, l. 15; Hunt v. Rousmaniere, 2 Mason, 342; s. c. 8 Wheat. 174; 2 Kent, Comm. Lect, 41, p. 643, 644, 646, 4th edit.; 1 Domat, B. 1, tit. 15, § 4, art. 6-8; Pothier, Contrat de Mandat, n. 103; Story on Agency, § 469; Pothier, Pand. Lib. 17, tit. 1, n. 76; Ersk. Inst. B. 3, tit. 3, § 40, 41; Code of Louisiana (1825), art. 2996; 1 Bell, Comm. § 413, 4th edit.; 1 Bell, Comm. p. 488, 5th edit. See Harper v. Little, 2 Greenl. 14.

manner, if a power of substitution be allowed by the original mandate, the substitution ceases with the death of the mandatary who made it, unless, indeed, the nature of the substitution provided for be such that the substitute becomes the direct agent of the mandator, in lieu of the mandatary (1).

§ 204. But although an unexecuted mandate ceases with the death of the mandator, yet, if it is executed in part at that time, it is binding to that extent, and his representatives must indemnify the mandatary (2). And the civil law goes farther, and provides, that, if the mandatary in good faith acts after the death of the mandator, and in ignorance of that fact, his acts are binding upon the representatives of the mandator (3). And if the mandate be of a nature which admits of no delay, the mandatary may, in order to prevent a positive loss or injury, even with a knowledge of the death of the mandator, proceed to execute it, if there be no time to give notice to his representatives to act (4). As, if fruit is ordered to be sold in a foreign port, and it would perish before the proper orders from the administrators could be obtained, the mandatary would be justified in making a sale. In such a case the common law may not, perhaps, differ; since factors are not obliged to sell goods in the name of their principal, as mere agents; but they are clothed with an implied authority to sell them in their own names, as persons having a general right of disposal thereof (5).

§ 205. The common law, however, is, in some respects,

(1) Pothier, Contrat de Mandat, n. 105; Story on Agency, § 469, 490.

(2) Pothier, Contrat de Mandat, n. 101; Code of Louisiana (1825), art. 3001.

(3) Pothier, Contrat de Mandat, n. 106; Dig. Lib. 27, tit. 1, l. 26, 58; Pothier, Pand. Lib. 17, tit. 1, n. 77; 1 Domat, B. 1, tit. 15, § 4, art. 7; Code Civil of France, art. 2008; Code of Louisiana (1825), art. 3001; Ersk Inst. B. 3, tit. 3, § 40, 41.

(4) Pothier, Contrat de Mandat, n. 107; Ersk. Inst. B. 3, tit. 3, § 40, 41

(5) Ibid.; Story on Agency, § 492.

different from the Roman law on this subject; for although by that law an authority, coupled with an interest in the thing, may survive, yet a mere naked power or authority ordinarily dies with the party giving it (1). And there is no exception, even although the mandatary is ignorant of the death of the party (2). This seems to be a very rigid rule; but it flows naturally from the doctrine, that the power to be executed can exist only while the party, in whose name it is to be done, is in existence. A dead man can do no act. Whether the civil law has not introduced a more equitable principle, is a point fairly open for consideration, and upon which much reasoning may be urged on both sides (3).

§ 206. In the third place, the contract of mandate may be dissolved by a change of the state of the parties. As, if either party, being a female, marries before the execution of the mandate; or if either party becomes insane, or *non compos mentis*, or is put under guardianship, the mandate is dissolved (4). Pothier puts the case of the marriage of the mandator only (5). But the same rule would seem, ordinarily, to apply to the marriage of the mandatary; since her husband's rights may be affected by her conduct (6). The Roman law treats all these supervening disabilities as good causes of dissolution, subject, however, to the same exceptions as it recognizes in case of death (7). The common law, in like manner, deems

(1) Story on Agency, § 488-490; Hunt v. Rousmaniere, 8 Wheat. 174; s. c. 2 Mason, 244.

(2) 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 643, 644, 4th edit.; King v. Bedford Level, 6 East, 356; Hunt v. Rousmaniere, 2 Mason, 244; s. c. 8 Wheat. 174; Willes, 101, 103; 2 Ves. & B. 51; Wallace v. Cook, 5 Esp. 118; Story on Agency, § 488-490.

(3) See Story on Agency, § 488 to 500.

(4) Ibid. § 481.

(5) Pothier, Contrat de Mandat, n. 111; 1 Bell, Comm. § 413, 4th edit.; 1 Bell, Comm. p. 488, 489, 5th edit.

(6) See Story on Agency, § 481; 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 645, 4th edit.

(7) Pothier, Contrat de Mandat, n. 111.

the marriage of a woman to be a revocation of the antecedent authorities conferred by her on other persons; for her acts may be to the prejudice of the husband's rights (1). But it does not appear to have ingrafted the same exceptions upon the rule, as the Roman law.

§ 207. The contract of mandate may also cease by a revocation of the authority, either by operation of law, or by the act of the mandator (2). It ceases by operation of law, when the power of the mandator ceases over the subject-matter. As, if he be a guardian, it ceases as to his ward's property by the termination of the guardianship (3). So, if he sells the property, it ceases upon the sale, if it is made known to the mandatary (4).

§ 208. By the Roman law, the contract of mandate also ceases, by the revocation of the authority by the mandator himself. In general, every mandator may revoke a mere authority at his own will. "Extinctum est mandatum, finitâ voluntate (5)." And this revocation may be express, or it may be implied. The latter is quite as effectual as the former, if it be clearly manifested. As, if a mandator appoints another person to do the same act, this is an implied revocation (6). So an authority to act during the absence of a party is re-

(1) 2 Roper, Husband and Wife, 69, 73; Salk. 117; Bac. Abridg. *Baron and Feme*, E.; 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 645, 4th edit.; Story on Agency, § 481. [See Schouler, Dom. Rel. 74, 238.]

(2) Pothier, Pand. Lib. 17, tit. 1, n. 79; Pothier, Contrat de Mandat, n. 112, 113; 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 643 to 646, 4th edit.; 1 Bell, Comm. § 413, 4th edit.; 1 Bell, Comm. p. 488, 489, 5th edit.; Ersk. Inst. B. 3, tit. 3, § 40, 41; Story on Agency, § 463 to 476.

(3) Pothier, Contrat de Mandat, n. 112; Story on Agency, § 500.

(4) 7 Ves. Jr. 276. [See Schouler, Dom. Rel. 464.]

(5) Dig. Lib. 17, tit. 1, l. 12, § 16; Code Civil of France, art. 2003 to 2008; Pothier, Pand. Lib. 17, tit. 1, n. 79; Pothier, Contrat de Mandat, n. 113; 1 Bell, Comm. § 413, 4th edit.; 1 Bell, Comm. p. 489, 5th edit.

(6) Copeland v. Merc. Ins. Co., 6 Pick. 198; Pothier, Contrat de Mandat, n. 113-115.

voked by implication by his return, although it is not expressly limited to such return by its terms, if the intention be clear (1). But, in such cases, the revocation is not complete until notice is given to the mandatary, whose acts still bind until such notice (2). But if the mandate is partly executed at the time, to that extent it is obligatory. Nay, by the Roman law, in such a case, the mandatary may, notwithstanding the revocation, go on to do whatever necessarily follows from the antecedent part of the execution thereof (3).

§ 209. The common law, in many of these respects, coincides with the civil law. In general, the party giving an authority is entitled to revoke it. But if it is given as a part of a security, as if a letter of attorney is given to collect a debt, as a security for money advanced, it is irrevocable by the party, although it is revoked by his death (4).

§ 210. In cases of mandates, where the thing is to be delivered to a third person, if the latter has no vested interest in it, the bailor may revoke the bailment at any time (5). And whenever a revocation takes place by the act of the party, it ordinarily suspends, by the common law, all future operations of the mandatary, under the power previously confided to him (6).

(1) Pothier, Contrat de Mandat, n. 119.

(2) Id. n. 120; Salte v. Field, 5 Term R. 213; Bowerbank v. Morris, Wallace (U. S. Circ.), 126; Morgan v. Stell, 5 Binn. 316; Code Civil of France, art. 2005; Code of Louisiana (1825), art. 2996, 2997; Story on Agency, § 470.

(3) Pothier, Contrat de Mandat, n. 122; 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 644, 4th edit.; Story on Agency, § 468 to 474.

(4) Hunt v. Rousmaniere, 2 Mason, 342; s. c. 8 Wheat. 174; Walsh v. Whitcomb, 2 Esp. 565; Bromley v. Holland, 7 Ves. 28; Lepard v. Vernon, 2 Ves. & B. 51; Watson v. King, 1 Stark. 121; s. c. 4 Camp. 272; Story on Agency, § 488, 489.

(5) 1 Dane, Abr. ch. 12, art. 4, § 10; 2 Story on Eq. Jurisp. § 1045, 1046.

(6) Story on Agency, § 466, 467, 468, 470.

[ARTICLE 1755.]

§ 211. Bankruptcy of the mandator, also, generally operates as a revocation of the authority of the mandatary by the common law as well as by the foreign law (1). Bankruptcy of the mandatary is, in like manner, a revocation by the foreign law (2). But, at the common law, it is not necessarily a revocation of the mandate in all cases. Where the mandatary is to execute a mere authority, it seems not to be revoked, but where the act to be done may involve the receipt or expenditure of money on account of the mandator, it may, perhaps, be otherwise (3).

---

5 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), *Mandat*, § 756. } Le mandat finit:

1° Par la révocation du mandataire. Le mandant peut révoquer le mandataire quand bon lui semble (4), à moins que le mandat n'ait été conféré dans l'intérêt du mandataire lui-même (5), art. 2003 et 2004 (6).

(1) See Pothier, Contrat de Mandat, n. 111, 112; Code Civil of France, art. 2003; Code of Louisiana (1825), art. 2996; 1 Bell, Comm. § 413, 4th edit.; 1 Bell, Comm. p. 488, 489, 5th edit.; Minett v. Forrester, 4 Taunt. 541; Parker v. Smith, 16 East, 382; 2 Kent, Comm. Lect. 41, p. 644, 645, 4th edit.; Story on Agency, § 482.

(2) Pothier, Contrat de Mandat, n. 120. The Scotch law, on the whole subject of revocation, seems a mere transcript from the civil law. Ersk. Inst. B. 3, tit. 3, § 40.

(3) Story on Agency, § 486.

(4) [Le mandat ne subsistant que par la volonté du mandant, il cesse dès que cette volonté vient à cesser. — La révocation du mandat donné par plusieurs personnes, pour une affaire commune, a effet bien que le mandataire ne soit pas révoqué par toutes, parce que le consentement de toutes est nécessaire pour la validité du mandat, Troplong, n. 719.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(5) [Le mandataire devient alors *procurator in rem suam*. V Troplong, n. 518. V. aussi Bordeaux, 2 juin 1827, et 7 juill. 1837, S. V., 37, 2, 452; et Cass, 20 mai 1840, S. V., 40, 1, 400.] — La stipulation d'un salaire ne rend pas le mandat irrévocable, Duranton, 18, n. 272; [Dalloz, n. 424; Bordeaux, 7 août 1835, S. V., 36, 2, 104. Il en est ainsi, alors même qu'il est stipulé que le mandataire n'aura droit au salaire promis

[ARTICLE 1755.]

La révocation peut être expresse ou tacite (1). Le mandat est censé révoqué tacitement lorsque le mandant constitue un autre mandataire pour la même affaire (2) ; mais la révo-

qu'en cas de succès de l'affaire dans un délai fixé, sauf à indemniser le mandataire du dommage que la révocation peut lui causer, Cass., 6 mars 1827.] (MASSÉ et VERGÉ).

(6) Le mandataire révoqué doit rendre la procuration qui lui a été confiée, art. 2004. V. Delvincourt, sur cet article. [Il doit également remettre les pièces de l'affaire, et, en cas de refus, le mandant peut l'y contraindre, Troplong, n. 766 et 767. Mais le mandataire n'est pas obligé de remettre les lettres que le mandant lui a écrites au sujet de l'affaire, parce qu'elles sont sa propriété et peuvent lui servir de décharge, Troplong, n. 768.] (MASSÉ et VERGÉ).

(1) Le cas prévu par l'art. 2006 n'est pas le seul cas de révocation tacite, V. Pothier, n. 114 et suiv. ; [Troplong, n. 712, 777 et s. La révocation peut être tacite quoique le mandat soit exprès, Troplong, n. 778.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) Cass., 3 août 1819. [Troplong, n. 789.—Le mandat est révoqué par une seconde procuration, alors même que cette procuration serait nulle en la forme, ou qu'elle ne serait pas acceptée par le second mandataire, Duranton, n. 277, Pothier, n. 114 ; Troplong, n. 788 ; Dalloz, n. 437. — Il faut remarquer, en ce qui touche la révocation d'un premier mandataire par la constitution d'un second, que la présomption établie par l'art. 2006 n'exclut pas la preuve contraire, et qu'elle doit céder, s'il résulte des faits et des circonstances qu'en nommant un second mandataire, le mandant n'a pas entendu retirer au premier les pouvoirs qu'il lui avait donnés, mais lui adjoindre un auxiliaire ou lui donner un remplaçant pour le cas où quelque circonstance imprévue l'empêcherait d'exécuter le mandat, Pothier, n. 116 ; Duranton, 18, n. 728, Delamarre et Le Poitvin, 2, n. 431, Troplong, n. 783 et s. — Dans tous les cas le second mandat ne révoque le premier que lorsqu'il y a incompatibilité entre eux et que le premier exclut le second. Ainsi le mandat de vendre tous les biens du mandant emporte révocation du mandat de vendre seulement certains biens, car s'appliquant à la même affaire, il exclut le premier, Duranton, 18, n. 279 ; Troplong, n. 793.—Au contraire, un mandat *spécial* de faire un acte quelconque de propriété n'est pas révoqué par un mandat *général*, qui n'autorise que les actes d'administration, parce qu'il n'y a pas incompatibilité entre eux, Duranton, 18, n. 279 ; Troplong, n. 792. — Quant à la seconde procuration donnée au même mandataire elle ne ré-

cation n'a effet, dans ce cas, que du jour où la constitution d'un nouveau mandataire a été notifiée à l'ancien (1), art. 2006. Néanmoins, dans aucun cas la révocation du mandat n'est opposable aux tiers qui ont traité avec le mandataire, dans l'ignorance de cette révocation (2), art. 2005.

La révocation du mandat laisse d'ailleurs subsister tout ce qui a été fait par le mandataire, en vertu de son mandat et avant sa révocation (3).

voque la première qu'à l'égard des affaires que celle-ci comprenait et auxquelles la seconde ne s'applique pas, Pothier, n. 117. C'est en ce sens qu'il a été jugé que le mandat pour liquider une société n'est pas révocatoire d'un mandat précédent à l'effet de vendre les immeubles de la société, Cass., 3 août 1819.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) [La notification est nécessaire, non-seulement pour la révocation tacite, mais encore pour la révocation expresse, puisqu'il faut dans l'un et l'autre cas que le mandataire connaisse l'acte exprès ou tacite qui met fin à ses pouvoirs, Troplong, n. 711, 712 et 786.—Mais une notification en forme n'est pas indispensable : il suffit que par un moyen quelconque le mandataire ait connaissance de la révocation de ses pouvoirs, Cass., 14 mai 1829 ; Pothier, n. 121 ; Delamarre et Le Poitvin, 2, n. 432 ; Troplong, n. 713 et 787 ; Dalloz, n. 433 ; V. cependant Cass., 8 août 1821]. (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) Il suffit, pour que la révocation soit opposable aux tiers, qu'ils en aient eu connaissance d'une manière quelconque, au moment où ils ont traité avec le mandataire révoqué ; il suffit, pour employer les termes de l'art. 2005, qu'ils n'aient pas traité dans l'ignorance de cette révocation : une notification proprement dite n'est donc pas nécessaire, Duranton, 18, n. 275 ; Troplong, n. 7[illegible]4.—C'est d'ailleurs au mandant à prouver que les tiers ont eu connaissance de la révocation, Paris, 7 janv. 1834, S. V., 34, 2, 339 ; Duranton, 18, n. 275.] (MASSÉ et VERGÉ).

(3) V. Duranton, 18, n. 275. [Le mandataire conserve donc le droit de se faire indemniser, non-seulement des avances qu'il a faites avant la révocation, Delamarre et Le Poitvin, 2, n. 429 ; Troplong, n. 708 ; Aix, 23 fév. 1808 ; mais encore de celles qui se rapportent à des actes accomplis par le mandataire depuis la révocation et avant qu'il en ait eu connaissance, Delamarre et Le Poitvin, 2, n. 419 ; Troplong, n. 708 et s. ; Aix, 23 fév. 1808.—On doit également regarder comme valables les actes que le mandataire a faits depuis qu'il a eu connaissance de la révocation,

2° Par la renonciation du mandataire (1), art. 2007. Dans ce cas, le mandataire doit indemniser le mandant, auquel sa renonciation cause préjudice, à moins que le mandataire ne puisse continuer le mandat sans éprouver un dommage considérable (2), art. 2007.

3° Par la mort naturelle (3) ou civile (4), par l'interdic-

s'ils sont une suite nécessaire de ce qu'il a commencé. Il est même quelquefois de son devoir d'accomplir ces actes, Delamarre et Le Poitvin, n. 438 ; Troplong, n. 717. — Mais en dehors de ces cas particuliers, si le mandataire, malgré sa révocation, poursuit l'exécution de l'affaire commencée, l'affaire doit être laissée à ses risques et périls sans préjudice des dommages intérêts qui peuvent être dus au mandant, Cass., 24 décembre 1817 ; Bordeaux, 14 fév. 1840, Dall., 40, 2, 178.] (MASSÉ et VERGÉ).

(1) [L'art. 2007 veut que cette renonciation soit notifiée au mandant. Cependant le défaut de notification ne serait pas une cause de nullité de la renonciation, si le mandataire se trouvait dans l'impossibilité absolue d'en donner avis au mandant, Pothier, n. 43 ; Delvincourt, 3, p. 245 ; Troplong, n. 807 et s.] (MASSÉ et VERGÉ).

(2) Mais si le dommage auquel s'expose le mandataire était peu considérable, il ne pourrait l'autoriser à renoncer au mandat ; il aurait seulement le droit, suivant les circonstances, de se faire indemniser par le mandant, Delvincourt, sur l'art. 2007. [V. Dalloz, n. 482 et s. ; Pothier, n. 41 et s. ; Troplong, n. 801 et s.—V. aussi Delamarre et Le Poitvin, 1, n. 46.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(3) [Cependant les parties peuvent déroger à la règle qui veut que le mandat soit révoqué par la mort du mandant ; c'est ce qui arrive quand le mandat a pour objet une chose qui par sa nature ne peut être faite qu'après la mort du mandant, Pothier, n. 108 ; Duranton, 18 n. 284 ; Troplong, n. 728 et s. ; Paris, 10 déc. 1850, S. V., 50, 2, 625. Mais il en serait autrement, et le mandat donné pour être exécuté après la mort du mandant resterait sans effet s'il couvrait une donation à cause de mort ou un fidéicommis prohibé, Troplong, n. 732 et s. V. aussi Caen, 12 mars 1827 ; Montpellier, 6 mars 1828 ; Nîmes, 9 janv. 1833, S. V. 33, 2, 106, et Cass., 16 août 1842, S. V.. 42, 1, 850 et 29 avr. 1846, S. V., 46, 1, 689. Nous croyons d'ailleurs que le mandat donné pour être exécuté après la mort du mandant, à moins qu'il ne constitue une disposition de dernière volonté exprimée dans la forme testamentaire, ne subsiste après le décès du mandant qu'autant qu'il n'est pas révoqué par les héritiers de celui-ci.— Le mandat continue encore après le décès du mandant, quand le

tion ou la déconfiture [ou la faillite] soit du mandant, soit du mandataire, ou lorsque la capacité juridique de l'un ou de l'autre subit un changement tel qu'ils ne seraient respectivement plus capables de conférer ou d'accepter le mandat (1), art. 2003.

mandataire a été constitué *procurator in rem suam*, Duranton, 18, n. 284; Delamarre et Le Poitvin, 2, n. 445; Troplong, n. 737; Dalloz, n. 459; Douai, 22 déc. 1848, S. V., 50, 2, 161. — On a prétendu que le mandat donné à un prête-nom n'est pas non plus révoqué par le décès du mandant, qui aurait, en autorisant un prête-nom, manifesté sa volonté de faire exécuter le mandat après sa mort. V. Troplong, n. 738. Cette opinion ne nous paraît pas exacte : sans doute, tant que la qualité du prête-nom n'est pas connue, les actes qu'il fait comme propriétaire et maître apparent de la chose lient les représentants du mandant décédé, vis-à-vis des tiers qui sont protégés par leur bonne foi. Mais si ces tiers connaissaient la qualité du prête-nom, et par conséquent savaient qu'il n'agissait que comme mandataire, ils ne pourraient opposer aux représentants du mandant décédé les actes par eux faits avec un mandataire qu'ils savaient révoqué. C'est en ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 9 février 1848, S. V., 48, 1, 481, que la vente faite par le prête-nom de valeurs placées sous son nom, mais que les acquéreurs savaient appartenir à un mandant décédé n'est pas opposable aux héritiers de ce mandant. Toutefois, le contraire a été jugé par la Cour de cassation le 9 fév. 1848, S. V., 48, 1, 481. — Pour que le décès du mandant mette fin au mandat, il suffit que le mandataire en ait connaissance ; il n'est pas nécessaire qu'il en soit informé par une notification en forme, Troplong, n. 816 ; Dalloz, n. 462. V. cependant Cass., 8 août 1821.— Quand le mandat a été donné par plusieurs pour une affaire commune, la mort de l'un des mandants le fait cesser vis-à-vis de toutes les parties, Troplong, 739. Réciproquement, lorsque plusieurs mandataires ont été chargés d'une même gestion pour agir tous ensemble et de concert, la mort de l'un d'eux suffit pour mettre fin au mandat, Pothier, n. 102 ; Dalloz, n. 488.—Si c'est par un être moral, tel qu'une corporation ou une société, que le mandat a été donné ou reçu, la suppression ou la dissolution de cet être moral opère la révocation du mandat, comme le décès d'une personne naturelle, Troplong, n. 743. V. aussi Cass., 18 nov. 1823 et 7 sept. 1814.] (MASSÉ et VERGÉ).

(4) [On sait que la mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) Pothier, n. 111; Delvincourt, sur l'art 2003; Duranton, 18, n. 285

Si, dans un de ces cas, le mandataire, ou le tiers qui a traité avec lui, ignorait la cause qui a mis fin au mandat, le mandat conserverait son effet à l'égard de celui des contractants qui était de bonne foi (1), art. 2008 et 2009.

Lorsque le mandataire vient à décéder, ses héritiers sont tenus d'informer le mandant du décès de leur auteur et de prendre provisoirement, dans l'intérêt du mandant, les mesures que les circonstances peuvent rendre nécessaires (2), art. 2010.

4° Par la consommation de l'affaire qui faisait l'objet du

et s. [Troplong, n. 744 et s.; Dalloz, n. 476 et s., 492 et s.; Bordeaux, 23 nov. 1831, S. V., 32, 2, 200; Cass., 24 août 1848, S. V. 48, 1, 33. — La révocation du mandat par suite de la faillite du mandant n'a d'effet relativement au mandataire et aux tiers que du jour où la faillite du mandant leur est connue, Pardessus, n. 1122; Delamarre et Le Poitvin, 2, n. 448; Massé, 3, n. 241.—Le mandat délégué à un sous-mandataire cesse avec les pouvoirs du mandataire déléguant, Toullier, 7, n. 18; Duranton, 18, n. 289; Delamarre et Le Poitvin, 2, n. 437; Troplong, n. 753.] (Massé et Vergé.)

(1) Paris, 23 avr. 1807; Cass., 5 fév. 1807 et 26 avr. 1832, S. V., 32, 1, 342. [Quand rien ne fait présumer la mauvaise foi des tiers qui ont traité avec le mandataire, c'est à l'héritier du mandant qui veut repousser leur action à prouver qu'ils ont connu la révocation du mandat, Troplong, n. 828; Dalloz, n. 471. — V. aussi Cass., 29 avr. 1845, S. V., 45, 1, 666.] (Massé et Vergé.)

(2) Ils doivent faire en sorte d'éviter au mandant le dommage que pourrait lui causer le décès du mandataire, Maleville, sur l'art. 2010. [Mais cette obligation n'est imposée ni aux héritiers mineurs, qui ne peuvent pas même veiller sur leurs propres affaires, arg. art. 419, Duranton, 18, n. 293; Dalloz, n. 489; Troplong, n. 835; ni, généralement du moins, aux femmes à raison de leur inexpérience, Troplong, n. 836.— Les héritiers majeurs eux-mêmes ne sont tenus de se conformer à l'art. 2010, qu'autant qu'ils ont connu l'existence du mandat, Troplong, n. 837 et 838. — Les héritiers d'ailleurs ne pourraient, sous prétexte de se conformer à l'art. 2010, se perpétuer indéfiniment dans l'exécution du mandat, Poitiers, 1er août 1823.] (Massé et Vergé.)

mandat (1), ou par l'expiration du temps pour lequel le mandat avait été conféré. V. Pr., art. 492 et 496.

1756. Le mandant peut en tout temps révoquer son mandat et obliger le mandataire à lui remettre la procuration si elle ne porte pas minute.

1756. The mandator may at any time revoke the mandate, and oblige the mandatary to return to him the procuration, if it be an original instrument.

---

* *C. N.* 2004. } Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute.

---

* *C. L.* 2997. } Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre l'écrit qui la contient, si c'est un sous-seing privé.

Voy. autorités sur art. 1755.

---

* *Troplong, Mandat, sur art.* 2004 *C. N., nº* 764 *et s.* } 764. L'article 2004 nous fait faire un retour sur la révocation du mandat. Il déclare que le mandant peut, quand bon

(1) Il suit de là que le mandataire qui a conclu l'opération spéciale dont il était chargé ne peut l'anéantir d'accord avec l'autre partie, et lui en substituer une nouvelle qui soit obligatoire pour le mandant, Bourges, 19 juill. 1831, S. V., 33, 2, 384; [Delamarre et Le Poitvin, 2, n. 451; Troplong, n. 760; Dalloz, n. 422.] (MASSÉ et VERGÉ.)

lui semble, opérer cette révocation. Et telle est la conséquence logique des considérations que nous avons exposées ci-dessus, n° 707.

Pourquoi donc le texte des Institutes de Justinien semble-t-il exiger que les choses soient entières pour que la révocation ait lieu? *Rectè quoque mandatum contractum, si, dùm adhùc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit* (1). Est-ce que dans le droit romain, à la différence du droit français, la volonté du mandant n'avait pas le privilége d'être perpétuellement ambulatoire ?

Nullement ; il ne faut pas tirer du passage précité des inductions qu'il ne renferme pas. Ce qu'il veut dire, c'est que, lorsque les choses sont entières, le mandat est effacé (*evanescit*), et est censé n'avoir jamais existé (2), de telle sorte que le mandataire n'a aucune action contre le mandant ; et par là le texte fait ressortir la différence qui existe entre le cas où les choses sont entières et le cas où elles ne le sont pas : le premier, qui exclut l'action *mandati contraria ;* le second, qui la renferme pour tout le passé (3).

765. Le mandat peut donc être révoqué en tout état de cause. Le mandant ne doit au mandataire aucune explication, et ce dernier ne saurait élever de controverse pour prouver que la révocation est intempestive, injuste, capricieuse, ou dictée par l'erreur et la colère. La volonté du mandant est souveraine : *Stat pro ratione voluntas ;* le mandataire doit l'accepter et s'y résigner.

766. Pour mettre le mandataire dans l'impossibilité de continuer, avec les tiers, un rôle dont ceux-ci pourraient ignorer la fin, l'article 2004 autorise le mandant à retirer de ses mains l'écrit qui contient la procuration. C'est cette procuration qui lui donne crédit auprès des tiers. Le retrait de

(1) *Mandati,* § 9. Dans la loi 27, § 3, D., *mandati,* et qui est relative au cas de cessation du mandat par la mort du mandataire, Caius se sert d'expressions analogues : *Si is, integro mandato, decesserit.*

(2) Ortolan, t. II, sur le § 9.

(3) *Suprà,* n°s 706, 707 et 708.

son titre est un moyen d'empêcher les suppositions et les fraudes; il donne à la révocation une sanction efficace. Accompagné du retrait de toutes les pièces de l'affaire (le mandant est aussi en droit de l'exiger) (1), il prévient des abus dont le crédit et la bonne foi pourraient souffrir.

L'écrit peut être sous seing privé (2); le mandataire doit le remettre en original.

Il en est de même lorsque la procuration est en brevet (3).

Si la procuration est notariée et qu'au lieu d'avoir été expédiée en brevet elle ait été gardée en minute, le mandataire devra remettre l'expédition dont il a été nanti. La prudence exigera même que le mandant fasse connaître la révocation au notaire dépositaire de la minute, avec défense d'en délivrer de nouvelles expéditions (4).

767. Le mandataire ne serait pas fondé à refuser la remise de ces pièces. Le mandant l'y contraindra, dans tous les cas, par une action en justice.

(1) *Suprà*, nº 428.

(2) *Suprà*, nºs 103 et 104.

(3) *Suprà*, nº 103.

(4) Zachariæ, t. III, p. 134, nº 6.

Add. Delvincourt, t. VII, in-8°, p. 331, dit à ce sujet: "Il faut conclure de cette disposition (art. 2004) que, quoique le mandataire soit partie dans la procuration et nonobstant la disposition de l'art. 839 du code de procédure, le notaire dépositaire de la minute ne doit pas en délivrer, de son chef, une seconde expédition. En effet, quel est le motif du droit accordé au mandant, par l'art. 2004, de se faire remettre l'expédition de la procuration? Il n'y en a pas d'autre que celui d'empêcher le mandataire d'en abuser à l'égard des tiers. Or ce motif serait absolument nul si le mandataire avait le droit de se faire délivrer des expéditions autant qu'il jugerait convenable. Je pense donc que le notaire, requis de délivrer une seconde expédition de la procuration, doit se faire autoriser, comme lorsqu'il s'agit de la délivrance d'une seconde grosse."

Dalloz dit aussi, *Mandat*, sect. IV, nº 2: "Le notaire détenteur de cette minute ne pourrait délivrer au mandataire ainsi destitué une nouvelle expédition sans une autorisation expresse du mandant. *Quid* si le mandat est salarié? Voy. Sirey, XXVII, 1, 162." Op. conf. de Rolland de Villargues, vº *Révocation de mandat*, nº 35.

768. Mais le mandant peut-il exiger que le mandataire lui remette les lettres qu'il lui a écrites à l'occasion du mandat? Non! ces lettres sont la propriété du mandataire; elles peuvent lui servir pour sa décharge (1).

Il est vrai que si la procuration avait été donnée par l'une d'elles, le mandant pourrait se fonder sur l'article 2004 pour en exiger la remise; mais il ne devrait pas étendre au delà l'obligation du mandataire.

Je crois même que si la lettre qui contient le mandat traitait d'autres sujets étrangers à ce même mandat, le mandataire qui aurait intérêt à ne pas s'en dessaisir ne devrait pas y être contraint. Le mandant ne pourrait s'en prendre qu'à lui-même de cet obstacle, né de son oubli de ne pas diviser ce qui aurait dû l'être (2).

768 2° (3).

(1) Cass., req., 19 février 1845. Bidon contre Glandu (inédit), arrêt de la Martinique. *Suprà*, nº 428.

(2) Add. Duranton dit, nº 273: "Il est possible, en effet, que le mandat ait été donné verbalement, ou qu'il soit contenu dans une lettre dont le mandataire aurait un juste motif de ne pas se dessaisir, parce qu'elle contiendrait des choses importantes et étrangères au mandat, ou que l'écrit contenant la procuration ait été annexé à la minute d'un acte passé par le mandataire avec un tiers, en exécution du mandat, ou remis au tiers comme preuve du pouvoir, ou enfin qu'il soit perdu ou égaré."

(3) Add. *Le mandataire peut-il être contraint à se dessaisir de l'écrit avant d'être payé de ses avances ou indemnités? Ne s'exposerait-il pas, par cette remise, à perdre son action, faute de preuve du mandat qui pourrait être nié?*—Mazerat sur Demante, nºˢ 726 et 755, répond: "Le mandant ne peut contraindre le mandataire à se dessaisir de l'écrit constatant le mandat, avant de lui avoir payé ses avances ou indemnités. Ces mots de l'art. 2004: *s'il y a lieu*, sont synonymes de ceux-ci: *s'il y a un écrit, et si le mandataire n'a pas d'intérêt à le garder, afin d'obtenir le remboursement de ses avances*, etc. S'il y avait des indemnités ou des avances, le mandant pourrait, en souscrivant une promesse de payement, exiger la remise de l'écrit. Si le mandataire remettait l'écrit sans cela, il s'exposerait à perdre son action, faute de preuve du mandat qui pourrait être nié."

[ARTICLE 1757.]

1757. La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier à compter du jour où elle lui a été notifiée.

1757. The appointment of a new mandatary for the same business has the effect of a revocation of the first appointment from the day on which the former mandatary has been notified of the new appointment.

---

* *C. N.* 2006. } La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier, à compter du jour où elle a été notifiée à celui-ci.

---

* *C. L.* 2999. } La constitution d'un nouveau procureur pour la même affaire vaut révocation du premier, du jour qu'elle a été notifiée à celui-ci.

Voy. autorités sur art. 1755; *Domat*, cité sur art. 1728.

---

* *ff. De Procuratoribus*, *Liv.* 3, *tit.* 3, *L.* 31, § 2. } Julianus ait, eum, qui dedit diversis temporibus procuratores duos, posteriorem dando priorem prohibuisse videri. (ULPIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } Julien pense que celui qui a donné en différens temps deux procureurs, est censé avoir révoqué le premier en donnant le second. (ULPIEN).

---

* *Troplong, Mandat, sur art.* 2006 *C. N.* } 777. La révocation du mandat peut être tacite (1); c'est une conséquence des principes qui admettent le mandat tacite et la ratification

(1) Pothier, n° 114. *Suprà*, n° 712.

tacite. La révocation n'a pas besoin d'être revêtue de caractères plus solennels que le mandat lui-même ou la ratification équipollente à mandat.

778. Lors même que la procuration serait expresse, elle pourrait être révoquée tacitement. Vainement dirait-on qu'un contrat ne peut être révoqué que de la même manière qu'il a été formé, d'après la règle si connue : *Nihil tàm naturale*, etc. La révocation est ici un pur fait du mandant, et, ainsi que le dit la rote de Gênes, *consistit in mero partis facto* (1). Il suffit donc d'un simple fait, sans déclaration de volonté, pour lui assurer toute sa légitimité et toute son énergie (2).

779. Il est vrai que les tiers qui ont eu connaissance d'une procuration écrite acquerront plus sûrement et plus facilement connaissance d'une révocation écrite que d'une révocation tacite. Mais le mandant peut pourvoir à ses intérêts en portant directement à la connaissance des tiers la révocation dont ils ont besoin d'être instruits.

780. Les révocations tacites ont donc, dans le droit, une autorité égale à la révocation expresse (3).

Supposez, par exemple, que, dans une affaire qui se traite par mandataire, le mandant intervienne lui-même et se mette en rapport direct avec les tiers, prenant qualité, décidant les difficultés, arrêtant les résolutions, etc., etc., il est évident que cette comparution du mandant fera évanouir les pouvoirs du mandataire (4). Il n'en serait autrement que si le

(1) Décis. 34, n° 10.

(2) Décis. 34, n° 10 : " *Qui de facto potest revocari.*"

(3) Bruneman, sur la loi 31, § 2, D., *de procurat.*
Add. Op. conf. de Zachariæ, § 416.

(4) Décis. de la rote de Gênes, 176, n°s 2 et 9.

Add. *Jurisprudence.* — Une procuration générale n'est pas révoquée parce que le constituant, revenu dans son domicile, a géré lui-même pendant quelque temps ses affaires. Paris, 25 novembre 1811 (Deleurie, n° 11778). Voy. *suprà*, n° 712.

Mazerat sur Demante, n°s 729 et 738, dit à ce sujet : " En général, la

mandant avait tenu une conduite qui démontrât qu'il n'avait pas l'intention de révoquer le mandataire (1).

781. Le code civil a compris cette nécessité des révocations tacites; il la reconnaît et la consacre par l'article 2006. Cet article procède par forme d'exemple; il est la conséquence d'une règle plus haute virtuellement sous-entendue. Mais cet exemple n'est pas limitatif; il n'enlève pas au juge le droit de rechercher dans d'autres faits, reconnus constants entre les parties, l'intention révocatoire qu'ils recèlent réellement.

782. Insistons maintenant sur le cas particulier de notre article; il est emprunté à la loi 31, § 2, D., *de procuratorib.*, tirée des écrits d'Ulpien.

" *Julianus ait, Eum qui dedit diversis temporibus procurato-*
" *res duos, posteriorem dando, priorem prohibuisse videtur.*"

D'où cet adage donné par Godefroy sur cette loi: " *Poste-*
" *riore procuratore constituto, prior tacitè revocatus intelli-*
" *gitur* (2)."

783. Cependant les interprètes avaient facilement aperçu que cette règle n'était pas infaillible; ils interrogeaient les faits, ils consultaient les circonstances; et s'il se trouvait que ces faits et circonstances fussent de nature à faire écarter la présomption de révocation, ils n'hésitaient pas, malgré l'absolue généralité du texte d'Ulpien, à faire concourir le

constitution d'un nouveau mandataire emporte révocation du premier. La présomption même existe en ce sens, tant qu'aucune circonstance ne vient pas démontrer le contraire. *Secùs* s'il apparaît que la constitution du nouveau mandataire n'a eu pour but que de rendre plus sûre l'exécution de l'affaire. Pareillement une procuration spéciale n'est pas présumée révoquée par une procuration générale; et une procuration générale n'est révoquée par une procuration spéciale, qu'en ce qui fait l'objet de celle-ci. Voy. Pothier, n[os] 115 et 116."

(1) Décis. de la rote de Gêne, 176, n° 9. *Suprà,* n° 130. Affaire du notaire Becq.

(2) Menoch., *De præsumpt.*, lib. 2, c. XXXVI, n° 11.

premier mandat avec le second (1). Il est possible, en effet, que le mandant, loin de vouloir révoquer le mandat, ait eu l'intention d'adjoindre à son premier mandataire les lumières d'un second. Il est possible aussi que, dans la crainte d'un empêchement accidentel du mandataire en titre, le mândant ait voulu lui donner un remplaçant (2). Alors il serait contre le droit et la raison de donner un effet révocatoire à la volonté du mandant. Telle n'a pas été sa persée.

784. C'est avec ces notions et ces tempéraments qu'il faut entendre l'article 2006 du code civil. La présomption de révocation qu'il attache à la nomination d'un second mandataire pour la même affaire (3) n'existe, en effet, que lorsqu'il n'y a pas dans les faits une preuve de volonté différente. Cette présomption légale est subordonnée à la volonté de l'homme dont *les convenances vainquent la loi.* La loi, d'ailleurs, le reconnaît elle-même, puisque l'article 1995 suppose que plusieurs mandataires peuvent être constitués pour la même affaire par des actes différents et postérieurs les uns aux autres (4).

(1) Pothier, n° 115 ; Menochius, *De præsumpt.*, lib. II, c. XXXVI, n° 11; Mantica, *De tacitis et ambig.*, lib. VII, tit. XXII, n° 36 ; Casaregis, disc. 30, n° 27.

(2) Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 431.

(3) *Junge* code portugais, art. 821.

(4) Add. Aussi lit-on dans Duranton, n° 278 : " Il peut même arriver souvent qu'en donnant à une autre personne mandat de faire la même affaire, un mandant n'agisse ainsi que par la crainte que le premier mandataire ne soit empêché par quelque circonstance, telle qu'une maladie ou une absence, d'exécuter le mandat, et nullement en vue de révoquer le pouvoir qu'il lui avait donné. Si le second mandat s'exprime suffisamment à ce sujet, l'un et l'autre mandataire pourront faire l'affaire, et chacun d'eux ayant un mandat particulier, chacun sera responsable envers le mandant *in solidum*, et non pas *pro parte*, comme dans le cas prévu à l'art. 1995."

Mazerat sur Demante, n°s 730 et 757, dit aussi : " Par analogie de ce qui est dit dans l'art. 1038 pour les testaments, on conclut que la révocation de la première procuration ne dépend pas de la validité de la

785. On désirerait donc que le code civil eût évité de faire intervenir le poids d'une présomption légale dans une matière où tout réside dans l'interprétation humaine de faits dont le sens et la portée sont infiniment variables. Il en résulte une difficulté de conciliation avec l'article 1352 du code civil. Mais une nécessité de raison et de bon sens fait fléchir ici l'autorité absolue de ce dernier article. On est obligé de revenir à la distinction des présomptions légales en présomptions *juris* et présomptions *juris et de jure*, et par suite l'art. 2006 se trouve réduit, par la force des choses, à l'état de simple présomption *juris*, bien qu'il annule, sur le fondement de cette présomption, la première procuration au profit de la seconde.

786. Dans le cas où la seconde procuration déroge à la première pour raison d'incompatibilité, le mandat n'est cependant censé révoqué que du jour où le premier mandataire a reçu la notification de la constitution du second (1).

787. Ce n'est pas à dire pourtant qu'une notification en forme soit indispensable (2). La notification dont parle notre article n'est qu'une mesure de précaution ; elle devient

seconde, ni de l'acceptation du nouveau mandataire. Il y a manifestation suffisante de la volonté de révoquer, et c'en est assez. *Secùs* s'il paraît que le mandant a voulu subordonner la révocation du premier mandataire à l'effet du second mandat. Voy. Pothier, n° 114."

(1) Art. 2006.

(2) Add. Duranton dit, n° 276 : " La notification peut être faite aussi bien par le nouveau mandataire que par le mandant lui-même, encore que le nouveau mandat ne fît pas mention expresse du pouvoir de la faire. C'est une conséquence de celui de faire l'affaire confiée d'abord au premier mandataire."

Jurisprudence.—Il a été jugé qu'un mandat n'est révoqué que lorsque la révocation a été notifiée au mandataire. Orléans, 8 août 1821 (D. P., XXI, 1, 569).

—Et que le payement fait au mandataire ne pourrait être déclaré nul, quand il serait prouvé que le débiteur avait connaissance de la révocation du mandat, si, du reste, cette révocation n'a été signifiée au mandataire que postérieurement. Turin, 20 mai 1807 (D. P., II, 680).

inutile alors que le premier mandataire a eu connaissance, d'une manière quelconque, de la constitution du nouveau mandataire qui déroge à son mandat (1). Notre article doit être combiné avec l'article 2008, qui est général et ne protége le mandataire qu'à la condition qu'il soit dans l'ignorance.

788. La révocation du premier mandat par le second a lieu quand même ce dernier serait nul ou sans effet, soit parce que le mandataire nommé en dernier lieu serait mort, soit parce qu'il aurait refusé d'accepter (2).

(1) Cassat., req., 14 mai 1829 (Dalloz, XXXIV, 1, 402). *Suprà*, n° 715; *infrà*, n° 815.

Add. Op. conf. par les annotateurs de Zachariæ, ℥ 416.

(2) Pothier, n° 114, d'après Menochius, *De præsumpt.*, lib. II, c. XXXVI. On trouve dans ce dernier auteur toutes les autorités indiquées. Zachariæ, t. III, p. 133.

Add. Op. conf. de Zachariæ, ℥ 416; de Delvincourt, t. VII in-8°, p. 329.

Duranton ajoute, n° 277: " En effet, son intention de révoquer le premier résulte de ce qu'il a donné purement et simplement à une autre personne le pouvoir de faire la même affaire, et cette intention une fois manifestée n'est pas détruite par un événement ultérieur, le refus de la personne choisie en second lieu d'accepter le mandat; de même qu'un legs fait d'abord à une personne, et ensuite transporté à une autre, ne laisse pas d'être révoqué à l'égard du premier légataire, quoique le second refuse de le recueillir, ou soit même incapable de recevoir du testateur.

" Mais si le mandant, en chargeant une autre personne de la même affaire, déclare dans la procuration qu'il n'entend néanmoins révoquer son premier mandataire qu'autant que cette autre personne voudrait bien accepter le mandat qu'il lui confère, alors en effet cette condition doit se réaliser pour que le premier mandataire soit révoqué."

Dalloz dit, *Mandat*, sect. IV, n° 4 : " Du principe que la révocation ne se présume plus, faut-il tirer la conséquence que le mandat ne serait pas révoqué par une seconde procuration qui contiendrait quelque vice de forme qui la rendrait nulle? Certainement non, et à cet égard nous n'hésitons pas à penser avec Pothier, que la nullité de la seconde procuration laissant toujours subsister la preuve de la volonté du mandant, il n'en faut pas davantage pour la révocation du mandat. Toutefois, nous n appliquons cette décision qu'au cas où la nullité n'aurait son principe que dans un vice de forme; si elle provenait d'un vice substantiel, comme

789. Mais la seconde procuration ne déroge à la première (à moins de preuve contraire) qu'autant qu'il s'agit de la même affaire et de deux ordres portant sur la même chose : *Datus ordo ejusdem rei* (1).

Par exemple, je vous donne mandat spécial de vendre ma maison ; puis je vous transmets avis que j'ai chargé Pierre de cette vente ; la révocation est ici flagrante ; elle résulte de l'identité d'affaire, de l'intention, de la notification.

790. Mais supposez maintenant que, faisant le commerce d'épiceries, Primus ait donné à Secundus, commissionnaire du Havre, la commission de lui acheter 600 kilogrammes de sucre, et que quelques jours après il ait donné à Tertius, habitant la même ville, pareille commission ; les deux ordres peuvent très-bien concourir l'un avec l'autre, et le premier n'exclut pas le second. Ce sont deux achats distincts, tendant simultanément à l'approvisionnement du commerce de Primus. Il faudrait une intention clairement manifestée par ce dernier, ou résultant hautement des circonstances, pour qu'on pût regarder les deux ordres comme incompatibles (2).

791. Lorsqu'une procuration est générale, la procuration spéciale donnée à un autre mandataire déroge, en ce qui concerne cette spécialité, à la procuration générale antérieure qui la comprenait. *In toto jure generi per speciem derogatur* (3). Celle-ci ne subsiste que pour le surplus. Si

la signature, par exemple, elle ne pourrait avoir aucune force révocatoire, car elle ne prouverait aucune intention de révoquer."

Op. conf. de Delvincourt, t. VII in-8°, p. 329, où il dit : " *Quid* si la seconde procuration n'a pas d'effet ; *putà,* parce qu'elle est donnée à une personne morte naturellement ou civilement, ou à un interdit. Je pense avec Pothier que le premier mandat est toujours révoqué. (Argument tiré de l'art. 1037)."

(1) Casaregis, disc. 30, n° 27.

Add. Op. conf. de Zachariæ, § 416. Cass., 3 août 1819 (Sirey, XIX, 1, 359).

(2) Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 431.

(3) L. 80, D., *de reg. juris*. Pothier, n° 115.

Primus, par exemple, a reçu ma procuration générale pour gérer, administrer, etc., procuration qui comprend de droit la perception des loyers, il est clair qu'une procuration spécialement donnée plus tard à Secundus pour toucher les loyers de telle maison fait cesser à cet égard, mais à cet égard seulement, les pouvoirs de Primus (1).

792. La procuration spéciale pour telle affaire n'est pas abrogée par la procuration générale postérieurement donnée à un autre (2). On ne doit pas présumer ici une révocation tacite, car rien n'empêche les deux mandats de coexister (3). Que Primus, par exemple, ait donné mandat à Secundus, commissionnaire de Smyrne, de lui acheter telle partie de marchandises du Levant, et qu'ensuite il investisse Tertius du mandat de gérer pour lui un comptoir de commerce dans la même ville, le mandat général donné à cet instituteur ne fera pas tomber le mandat spécial donné à Secundus. Car combien n'y a-t-il pas d'opérations de commerce que maîtres

(1) Add. Op. conf. de Delvincourt, t. VII in-8°, p. 330.

Duranton partage cette manière de voir; il dit, n° 279: " Si c'est le premier mandat qui est conçu en termes généraux, et que le second soit de vendre tel immeuble, le premier n'est pas révoqué quant à l'administration de ce même immeuble jusqu'à la vente qui en sera faite: en sorte que si c'est une maison, qui se trouve louée, le premier mandataire n'en a pas moins le pouvoir de toucher les loyers jusqu'à la vente, et même, après la vente, le prix dû par l'acquéreur, à moins que le second mandat ne conférât spécialement à celui à qui il a été donné, le pouvoir aussi de toucher le prix de cette vente. En effet, nous avons vu plus haut que, d'après le sentiment commun des auteurs, le mandataire investi d'un mandat conçu en termes généraux a le pouvoir de recevoir ce qui est dû au mandant; que ce n'est là qu'un simple acte d'administration, ainsi que la loi le considère à l'égard des tuteurs, qui ont qualité pour toucher des débiteurs du mineur le montant de leur dette, et de leur donner valable décharge, sans qu'il y ait besoin pour cela d'une autorisation du conseil de famille."

(2) Menochius, *De præsumpt.*, lib. II, c. XXXVI, n° 23, *in fine.* Pothier, n° 115.

(3) Voy. *suprà* la distinction entre le mandat général et le mandat spécial, nos 273 et suiv.

ou instituteurs ne peuvent pas faire par eux-mêmes et qu'ils sont obligés de confier à l'entremise d'un commissionnaire? Si donc Primus donne avis à Secundus de l'établissement qu'il crée à Smyrne sous la direction de Tertius, Secundus ne verra pas dans cet avis une révocation de son mandat. Il le considérera comme un avertissement pour se mettre en rapport avec le représentant de Primus sur la place de Smyrne. De là cette règle de Menochius: " Limita quando " primus procurator fuit specialiter constitutus, et deindè, " alius generaliter ; non enim generalis illa constitutio " arguit primum fuisse revocatum ; et idem dicit rota (1)."

793. Au surplus, pour ne pas s'exposer à des méprises dans cet antagonisme du mandat spécial postérieur avec le mandat

(1) *De præsumpt.*, lib. II, c. XXXVI, nº 23, *in fine.*

Add. Voici la raison que donne Duranton, nº 279 : " Le mandat général n'est pas pour la même affaire, puisque le mandat conçu en termes généraux n'embrasse, sous le code, que les actes d'administration ; qu'il faut un mandat exprès lorsqu'il s'agit d'aliéner, d'hypothéquer ou de quelque autre acte de propriété."

Delvincourt dit sur la même question (tome VII in-8º, p. 330 : " *Quid* si le premier est spécial et le second général ? Pothier pense que le premier n'est pas révoqué et que le second comprendra toutes les affaires du mandant, moins celle qui est mentionnée dans le premier. Je pense que la question devrait être décidée d'après les circonstances, mais qu'à défaut de circonstances, l'opinion de Pothier ne devrait être admise qu'autant que le premier mandat, quoique spécial, contiendrait cependant un pouvoir plus étendu que le second, relativement à la chose pour laquelle il est donné ; *putà,* s'il contient pouvoir d'aliéner, et que le second, quoique général, contienne seulement pouvoir d'administrer. Mais s'ils ne sont pas plus étendus l'un que l'autre, je ne vois pas pourquoi le second mandat ne révoquerait pas le premier. Il me semble que, si j'ai donné pouvoir à une personne d'administrer mes biens de ville, et qu'ensuite je donne pouvoir à une autre d'administrer tous mes biens, le premier mandat se trouve par là tacitement révoqué.

" Nota. L'on a jugé en cassation, le 3 août 1819 (Sirey, XIX, 1, 359), que le mandat donné pour liquider une société n'emportait pas révocation de celui qui avait été donné précédemment à la même personne pour aliéner les immeubles de la même société."

général précédent, il faudra se rappeler la définition que nous avons donnée de l'un et de l'autre mandat dans notre commentaire de l'article 1988 (1).

Supposons, par exemple, qu'ayant donné pouvoir à Secundus de vendre l'immeuble que je possède à Paris, rue de la Paix, je donne ensuite mandat à Tertius de vendre tous mes immeubles situés dans cette même ville. Dans une telle hypothèse, ce serait se tromper gravement que d'appliquer la règle exposée au numéro précédent, et d'après laquelle le mandat général n'est pas censé déroger au mandat spécial. Car les deux mandats que nous mettons ici en présence sont tous les deux spéciaux, quoique à des degrés divers (2). Le second absorbe le premier, comme le tout absorbe la partie, et le pouvoir de vendre la maison de la rue de la Paix tombe devant le pouvoir de vendre tous les immeubles de Paris (3).

794. Nous terminerons par une réflexion générale.

Puisque l'influence des faits peut et doit être admise pour modifier la présomption *juris* établie par l'article 2006, on ne manquera pas de consulter la position des parties pour découvrir s'il n'y avait pas en elles quelque raison qui a pu déterminer le changement de volonté attribué au mandant. Ainsi l'affaiblissement de crédit du mandataire, le dérangement de sa conduite, sa négligence dans les affaires civiles ou commerciales et sa préférence trop exclusive pour les préoccupations absorbantes de la politique, une inimitié survenue entre le mandant et le mandataire (4), etc., etc., sont autant de faits graves qui donneront plus d'autorité et de

(1) *Suprà*, n° 273.

(2) *Suprà*, n° 275.

(3) *Junge* Duranton, t. XVIII, n° 279.
Add. Où il dit : " Le second mandat vaut révocation du premier puisqu'il est pour la même affaire, la partie étant comprise dans le tout."

(4) Pothier, n° 120 ; Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 431.

force à la révocation tacite, et la feront plus facilement présumer.

794 2° (1).

1758. Si l'avis de la révocation n'a été donné qu'au mandataire, elle ne peut affecter les tiers qui, dans l'ignorance de cette révocation, ont traité avec lui, sauf au mandant son recours contre celui-ci.

1758. If notice of the revocation be given to the mandatary alone, it does not affect third persons who in ignorance of it have contracted with the mandatary, saving to the mandator his right against the latter.

---

* *C. N.* 2005. } La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire.

---

* *C. L.* 2998. } Si le mandant ne notifie sa révocation qu'au mandataire, et non à ceux avec lesquels il lui a donné pouvoir de traiter, ceux-ci auront toujours leur ac-

(1) Add. Quid *si la seconde procuration est donnée à la même personne?*—Rolland de Villargues répond, v° *Révocation de mandat*, n°s 23 à 25 : " Lorsqu'elle est donnée à la même personne, il faut distinguer :

" 1° Si elle ne contient rien de différent, elle ne révoque pas la première, elle ne fait que la confirmer. Pothier, t. III, p. 144.

" 2° Si elle n'est donnée que pour partie des affaires comprises dans la première, elle révoque celle-ci pour le surplus, à moins que le mandant n'ait déclaré qu'il n'entendait pas faire une telle révocation.

" 3° Même décision pour le cas où la deuxième procuration donnée pour la même affaire prescrit des conditions différentes de la première. Du moins la première procuration est modifiée par la seconde, et ne peut être exécutée qu'avec les conditions nouvelles."

Mazerat sur Demante, n° 731, où il cite Pothier, n° 117, dit que la solution dépend des circonstances.

tion contre le mandant, pour le forcer à exécuter ou ratifier ce que le mandataire a fait, sauf au mandant son recours contre le mandataire.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 1728 et autorités sur cet article, et *Pothier*, cité sur art. 1755.

---

* *Troplong, Mandat, sur art.* 2005 *C. N.* } 769. Nous venons de voir, par les articles précédents, les précautions que le législateur a cru devoir prendre pour arrêter aussi promptement que possible les effets du mandat révoqué : 1° notification au mandataire de la volonté qui lui retire ses pouvoirs ; 2° retrait de ses mains de la procuration.

Il est possible cependant que ces mesures ne produisent pas assez de retentissement au dehors pour éclairer les tiers sur le changement qui s'est opéré.

770. D'une part, les tiers ne sont pas tenus de connaître une notification qui ne s'est pas adressée à eux. L'ignorance des faits d'autrui est facile à présumer (1). Le mandant ne peut donc leur opposer cette notification, qui, à elle seule, n'a rien d'efficace à leur égard (2).

Sans doute, il est possible qu'accidentellement et en fait, les tiers aient connaissance de la révocation, soit parce que le bruit de cette révocation est parvenu jusqu'à eux, soit parce qu'une occasion s'est présentée de voir la notification

(1) *Suprà*, n° 709.

(2) Add. Op. conf. de Proudhon, *Usuf.*, n° 1051.

Duranton dit, n° 274 : " En principes purs, les actes devraient être sans effet à l'égard du mandaut, puisqu'en réalité ils ont été faits par un individu qui n'avait plus de mandat; mais ils ont effet en vertu de l'équité, qui ne permettait pas que les tiers avec lesquels le mandataire a traité depuis la révocation du mandat fussent victimes de l'ignorance dans laquelle ils étaient touchant cette révocation. A plus forte raison en est-il ainsi des payements faits au mandataire par les tiers débiteurs du mandant, dans l'ignorance de la révocation du mandat." Voy. *infrà*, Troplong, n° 811.

faite au mandataire ; et cette connaissance, quand elle existe, doit être prise en considération ; le mandant peut s'en prévaloir pour reprocher aux tiers d'avoir traité avec un mandataire révoqué. Mais la preuve que les tiers l'ont eue doit résulter de faits graves, concordants, certains ; elle ne ressort pas de plein droit de la notification de s'abstenir faite au mandataire ; notification qui est pour eux *res inter alios acta*, ainsi que notre article le reconnaît et le constate. Le juge décidera donc d'après les circonstances (1).

771. D'autre part, le retrait de la procuration des mains du mandataire n'est pas toujours un préservatif suffisant qui empêche l'erreur des tiers.

Je sais qu'en général les tiers n'agissent pas prudemment quand ils traitent avec un mandataire sans s'être fait représenter la procuration dont il se dit porteur (2) ; une crédulité trop facile les expose à des mécomptes (3). Quand, par exemple, il s'agit d'acheter un immeuble, quel est l'acheteur qui ne se mettra pas en garde contre les surprises, en exigeant de celui qui le vend par procuration la preuve qu'il a en main un pouvoir légitime (4) ?

Toutefois, il est des mandataires que leur gestion met en rapport avec le public pour une foule de détails journaliers et d'actes rapides qui se traitent de bonne foi et sans formes minutieuses. Les tiers qui ont affaire à eux savent qu'ils

(1) Add. O. Leclercq, t. VI, p. 543, dit ici : " Voilà les motifs pour lesquels elle doit être notifiée à ces tiers, pour qu'on puisse la leur opposer, lorsqu'ils réclament l'exécution des obligations contractées par le mandataire en cette qualité."

Malleville, sur l'art. 2005, dit, au contraire, dans le sens de Troplong : " *Qui ont traité dans l'ignorance*, d'où il suit que s'ils connaissaient la révocation, quoiqu'elle ne leur ait pas été notifiée, le mandant n'est pas tenu, et c'est ce que demandait le tribunal d'appel de Toulouse." Op. conf. de Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 430.

(2) Arg. de la loi 13, D., *depositi* (Paul).

(3) Favre, sur la loi 5, §§ 1 et 2, Dig., *mandati*. *Suprà*, n° 517.

(4) L. 5, § 1, D., *mandati* (Paul).

sont accrédités par le mandant ; ils les regardent comme des *alter ego ;* ils leur accordent leur confiance et traitent avec eux sans exiger chaque fois la représentation de leur pouvoir. Il suffit qu'une fois pour toutes le mandant ait fait savoir qu'un tel était son mandataire pour toucher les loyers et les fermages, recevoir les rentes, vendre les choses vénales, etc.; ou bien que ce même mandant ait hautement autorisé la gestion de cette même personne par ses ratifications géminées, et qu'il ait signalé en elle l'homme chargé de ses intérêts. Les tiers payent, achètent, reçoivent quittance, etc., de ce mandataire ; la notoriété et l'habitude les dispensent de discuter à chaque occasion ses pouvoirs. En pareil cas (et autres qui ressemblent à celui-ci), la révocation du mandat arrivant, le retrait de la procuration n'est pas un acte suffisant pour éclairer les tiers de bonne foi. Il faut quelque chose de plus qui les mette en garde contre l'erreur et les abus. C'est au mandant à prendre, à cet égard, les précautions supplémentaires que lui conseillent ses intérêts, à donner de l'éclat à sa révocation, à prévenir ses débiteurs, ses locataires, etc. Autrement, la foi publique exige que les tiers soient protégés (1)

(1) Arg. de ce que dit Casaregis, disc. 35, nº 30.

Add. Mazerat sur Demante, nºs 727 et 756, dit dans le même sens : " Encore que le mandant se fût fait remettre l'écrit constatant le mandat, l'ignorance des tiers pourrait quelquefois être excusable. Tel serait le cas où ceux qui ont contracté avec le mandataire ont l'habitude de contracter avec lui. Le mandant aurait dû leur notifier la révocation du mandat. *Secùs* si ce sont de nouveaux contractants ; ils ont eu tort de ne pas avoir exigé du mandataire la représentation de l'écrit." Op. conf. de Delvincourt, t. VIII in-8º, p. 464.

Voici l'opinion de Duranton, nº 275 : " Mais cet article 2005, placé immédiatement après celui qui autorise le mandant à contraindre le mandataire à lui remettre l'acte contenant la procuration, fait naître quelque doute sur la question de savoir s'il s'applique aussi bien au cas où le mandant, qui a révoqué le mandat, s'était fait remettre l'acte de procuration au moment où le mandataire a traité avec des tiers qui ignoraient alors la révocation, ou a reçu d'eux des payements, qu'au cas où

772. Comment le seront-ils? Par la consécration de tous

il ne s'était pas encore fait remettre cet acte. Cette question doit être résolue d'après certaines distinctions, tirées de la nature de l'opération dont le mandataire était chargé, et des circonstances de l'affaire.

" D'abord, s'il s'agissait d'une opération qui ne dût pas être faite avec telle personne déterminée, mais bien avec telle ou telle personne indistinctement, par exemple, de vendre telle chose, à tel prix, à la personne qui se présenterait, ou d'acheter certaines marchandises, il est clair que le mandant, qui, en révoquant sa procuration, s'est fait remettre l'acte qui la contenait, a fait tout ce qu'il pouvait faire pour anéantir les pouvoirs qu'il avait donnés : il ne pouvait pas faire faire des notifications à tout le monde, et les tiers qui ont ensuite traité avec le mandataire, parce qu'ils avaient eu connaissance du mandat, et en ignoraient la révocation, auraient à s'imputer de ne s'être pas fait représenter le pouvoir en traitant; s'ils l'avaient demandé, l'impossibilité où aurait été le mandataire de le leur produire, leur aurait suffisamment démontré que ce même pouvoir avait cessé d'exister.

" Bien mieux, il faut dire la même chose du cas où le pouvoir désignait la personne avec laquelle le mandataire devait faire la vente ou l'achat, ou tout autre traité au nom du mandant : car cette personne a dû aussi, en traitant, se faire montrer le pouvoir.

" Mais si le mandant, qui a révoqué son mandat, a négligé de retirer la procuration, et que ce soit sur le vu de cette procuration que des tiers aient traité avec le mandataire, dans l'ignorance de la révocation du mandat, s'applique alors notre article 2005, et le mandant est valablement lié envers les tiers, sauf son recours contre le mandataire.

" Voilà pour les traités ; mais si l'on suppose que le mandataire avait un pouvoir général, ou même spécial, mais qui lui donnait qualité suffisante pour toucher, des débiteurs des rentes du mandant, les arrérages à mesure des échéances, ou des locataires et fermiers, les loyers ou fermages : comme ces divers débiteurs, qui avaient l'habitude de payer au mandataire, n'ont pas dû, à chaque payement, exiger l'exhibition de la procuration, nous croyons que les payements faits par eux, de bonne foi, dans l'ignorance de la révocation du mandat et de la remise au mandant de l'acte de procuration, sont valables à l'égard de ce dernier, sauf à lui son recours contre le mandataire ; par conséquent, le mandant, pour prévenir ces payements, doit faire connaître à ces mêmes tiers la révocation du mandat.

" Ainsi encore, si j'ai écrit à un de mes débiteurs de payer à monsieur un tel, chargé de ma procuration, et qu'ensuite révoquant mon mandat

les actes qu'ils ont faits avec le mandataire dont ils ignoraient la révocation : *Placebat debitores, ei qui solvissent, liberatos*

et me faisant même remettre l'écrit qui le renferme, je néglige d'en informer le tiers débiteur, et que celui-ci paye au mandataire révoqué, dans l'ignorance de la révocation du mandat, il est juste que le payement soit valable à mon égard. Je ne dois pas pouvoir dire au tiers qu'il ne devait payer que sur le vu de l'acte de procuration; car il a dû croire, en payant, à l'existence de cette même procuration, dont je lui avais donné avis, et dont je ne lui ai pas fait connaître la révocation.

" L'article 2005 devra donc s'appliquer avec ces distinctions et d'après les autres circonstances de l'affaire.

" Au surplus, dans les cas où le mandant qui avait donné le pouvoir de faire des ventes ou des achats, ou autres traités, a révoqué son mandat sans retirer sa procuration, et où, comme nous venons de le dire, il est obligé envers les tiers qui ont traité avec le mandataire, dans l'ignorance de la révocation du mandat, il ne peut pas lui-même demander l'exécution des actes, puisqu'il avait révoqué le pouvoir de les faire; ce n'est point dans son intérêt que la loi en reconnait la validité, c'est dans l'intérêt des tiers, et attendu la juste ignorance dans laquelle ils étaient de la révocation du mandat. Du reste, l'on sent que si les tiers demandent l'exécution des traités, ils doivent, de leur côté, remplir les obligations qu'ils leur imposent ; à cet égard, il y a réciprocité.

" Et il faut remarquer que les tiers qui, au moment des actes faits avec le mandataire révoqué, avaient connaissance d'une manière ou d'autre de la révocation, ne pourraient invoquer le bénéfice de notre article 2005, quoique le mandant ne leur eût pas fait de notification en forme de la révocation des pouvoirs qu'il avait donnés au mandataire; le contexte de cet article ne laisse aucun doute à cet égard. Il ne dit pas, en effet, que les tiers ne seront censés avoir acquis la connaissance de la révocation du mandat que par une notification en forme ; il dit simplement que la révocation notifiée au mandataire seul ne peut être opposée aux tiers qui ont traité *dans l'ignorance de cette révocation ;* or il est fort possible qu'ils en aient eu connaissance par une autre voie qu'une notification, ce qui serait un point à juger en fait d'après les circonstances de la cause, et qui, comme simple fait, serait susceptible d'être prouvé par témoins même sans commencement de preuve par écrit. Mais comme cette preuve, dans la plupart des cas, pourrait manquer au mandant, la prudence lui commande de faire une notification en forme à ceux avec lesquels il avait chargé le mandataire de traiter ou de recevoir d'eux des payements, en les désignant dans le mandat ; car nous croyons que

esse, si modo ipsi quoque ignorassent (1). S'il en était autrement, qui voudrait contracter avec des mandataires? A quelles chances funestes les affaires ne seraient-elles pas soumises, et que deviendrait le crédit, qui a besoin de sûreté et de stabilité? C'est ce qui fait dire à Straccha: *Et hoc admittendum videtur utilitatis causâ, et ne ignorantia damnum afferat* (2). Ces mots *utilitatis causâ*, si puissants aux yeux d'un jurisconsulte préoccupé, comme l'était Straccha, des matières commerciales, sont empruntés au droit civil; ils appartiennent à Paul (3). Droit romain, droit français, droit civil, droit commercial, tout s'incline donc devant le respect dû au crédit; tout s'accorde pour écarter, à son profit, la subtilité logique.

Vainement dirait-on que le mandataire était dépourvu de pouvoirs réels, et que tout ce qui a été fait avec une personne sans qualité n'a pas de valeur. Cette rigueur de raisonnement n'est pas reçue ici. La juste ignorance des tiers mérite plus d'égards qu'un syllogisme (4).

ce serait à lui, en cas de contestation, à prouver que les tiers n'ignoraient pas, en traitant, la révocation du mandat. La mauvaise foi ne se présume pas (art. 1116 et 2268), et évidemment l'allégation du mandant à ce sujet serait bien une allégation de mauvaise foi dans les tiers. Vainement on objecterait qu'en principe les actes ne sont pas obligatoires pour le mandant; que si la loi en décide autrement, c'est par une faveur spéciale, fondée sur la bonne foi des tiers, et qu'ainsi c'est à ceux qui invoquent ce bénéfice de la loi, ce droit exceptionnel, à prouver qu'ils sont dans le cas prévu par elle, qu'ils ont rempli les conditions qu'elle exige; nous répondrions que la présomption de la loi tient lieu de preuve à celui qui l'invoque en sa faveur (art. 1352); or la loi elle-même présume toujours la bonne foi: "*La bonne foi est toujours présumée,* porte l'article "2268 précité; c'est à celui qui allègue la mauvaise foi, à la prouver."

(1) L. 41, D., *de reb. creditis* (Afric.)

(2) *De decoct.*, p. 3, n° 52.

(3) L. 26, D., *mandati.* Et dans la loi 17, § 2, D., *de inst. act.*, le même jurisconsulte rend la même idée par ces mots: "*propter utilitatem promiscui usùs.*" *Suprà*, n° 709.

(4) Voy. l'art. 820 du code Portugais, modelé sur notre article 2005. Voy. *infrà*, n° 811.

773. Mais si cette ignorance n'existait pas, alors disparaîtrait la protection bienfaisante que la loi accorde à la seule bonne foi. La rigueur logique serait d'accord avec la loi morale et le crédit pour retirer aux tiers un bienfait dont ils se seraient rendus indignes par leur connivence.

773 2° (1).

774. Quelle que soit, au surplus, la source de la connaissance que les tiers ont acquise de la révocation du mandat, qu'elle provienne d'une notification, d'un acte officiel, d'un fait extrajudiciaire, direct ou même indirect, il n'importe; elle suffit pour constituer les tiers en mauvaise foi (2).

775. Lorsque l'ignorance des tiers fait valider les actes passés avec eux, le mandant a action contre le mandataire qui, malgré la révocation, a continué à gérer (3). Le mandat étant fini, le mandataire devait s'abstenir. En méprisant la volonté du mandant, il a assumé une grave responsabilité.

776. Quant au tiers qui a traité, en connaissance de cause, avec le mandataire révoqué, il n'a pas plus d'action contre celui-ci que contre le mandant lui-même (4). Le mandataire qui agit *nomine procuratorio* n'entend contracter et ne con-

(1) Add. Quid *si l'affaire se trouve avoir été faite tout à la fois par le mandant ou par le mandataire ?*—Delvincourt, qui pose ainsi la question, t. VII in-8°, p. 330, la résout en ces termes: " Si, par exemple, le mandant vend la maison que le mandataire était chargé de vendre et qu'elle ait été vendue également par ce dernier, d'après le principe que tout ce que fait le mandataire dans les bornes du mandat est censé fait par le mandant lui-même, il faudra décider, quant à la translation de la propriété, comme si la chose avait été vendue successivement à deux personnes par le mandant, et adjuger en conséquence la propriété à celui dont le titre est antérieur en date, sauf le recours de l'autre en dommages-intérêts, s'il y a lieu."

(2) Arg. de ce qui est dit *suprà*, n° 713.

(3) Add. C'est ce qui fait dire à O. Leclercq, tome VI, page 543 : " Cependant comme le mandataire ne peut ignorer qu'il est sans pouvoir après la révocation du mandat, son commettant pourra agir contre lui, pour qu'il le décharge des obligations qu'il a contractées en son nom."

(4) Art. 1997. *Suprà*, n°s 591 et 592.

tracte, en effet, aucune obligation personnelle avec les tiers; il se donne pour ce qu'il est, pour un *nudus minister*. C'est tant pis pour les tiers qui, malgré la connaissance positive de la révocation de son mandat, ont couru les chances d'un traité fait avec lui (1).

1759. Le mandataire peut renoncer au mandat qu'il a accepté en en donnant dûment avis au mandant. Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, le mandataire est responsable des dommages, à moins qu'il n'y ait un motif raisonnable pour cette renonciation. Si le mandat est salarié, le mandataire est responsable, conformément aux règles générales relatives à l'inexécution des obligations.	1759. The mandatary may renounce the mandate after acceptance, on giving due notice to the mandator. But if such renunciation be injurious to the latter, the mandatary is answerable in damages, unless there is a reasonable cause for the renunciation. If the mandatary be acting for a valuable consideration he is liable according to the general rules relating to the inexecution of obligations.

---

* *C. N.* 2007. } Le mandataire peut renoncer au mandat en notifiant au mandant sa renonciation.

Néanmoins, si cette renonciation préjudice au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable.

Voy. *Digeste* et *Pothier*, cités sur art. 1709; *C. C. B. C.*, art.

(1) Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 433.

1063 et s.; *Pothier*, cité sur art. 1720; *Domat*, cité sur article 1728.

---

* *ff. De mand. vel contr., liv.* 17, *tit.* 1, *LL.* 23, 24, 25. } *L.* 23. Sanè si valetudinis adversariæ vel capitalium inimicitiarum (HERMOGENIANUS).

L. 24. Seu ob inanes rei actiones. (PAULUS).

L. 25. Seu ob aliam justam causam excusationes alleget, audiendus est (HERMOGENIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } *L.* 23. Cependant s'il survient au mandataire des raisons de santé, ou d'inimitiés capitales entre lui et le mandant (HERMOGÉNIEN).

L. 24. Ou si le débiteur devient insolvable, en sorte que l'action qu'on peut avoir contre lui soit sans effet (PAUL).

L. 25. Ou s'il a quelqu'autres justes raisons de s'excuser, il doit être admis à les exposer (HERMOGÉNIEN).

---

* *Troplong, Mandat, sur art.* 2007 *C. N.* } 795. Nous avons vu, par l'article 2003, que le mandat peut finir par la volonté du mandataire, et nous avons expliqué au n° 338 la raison pour laquelle on lui permet de se dégager de l'obligation à laquelle il a souscrit (1).

L'art. 2007 est le corollaire de ces prémisses (2). Il nous

(1) Add. Voy. Delamarre et Lepoitevin, t. I, n° 97.

(2) Add. Demante dit ici, n° 758: " Tout obligé qu'est le mandataire, par son acceptation, à l'exécution du mandat, la loi proclame cependant pour lui, d'une manière générale, la faculté d'y renoncer, sous la seule condition de notifier sa renonciation.

" Cette proposition est absolument vraie, si la renonciation ne préjudicie pas au mandant: car on ne peut alors faire valoir contre le mandataire son obligation, puisque c'est une obligation de faire, qui, par sa nature, se résout en dommages-intérêts, et que, dans l'hypothèse, il n'y a pas lieu à dommages-intérêts. Mais, sous un autre rapport, la faculté de renoncer n'existe pas d'une manière générale, car s'il y a préjudice pour le mandant, le mandataire est tenu de l'indemniser."

reste à préciser avec lui les circonstances de cette renonciation, et à étudier les précautions prises pour que cette faveur ne dégénère pas en abus.

796. La renonciation du mandataire peut avoir lieu lorsque les choses sont encore entières, ou bien lorsqu'elles ne le sont plus.

Les choses sont-elles entières, la renonciation du mandataire n'entraîne aucun effet préjudiciable pour le mandant; car les choses ne sont censées entières que lorsque le mandant est prévenu assez à temps pour pouvoir faire lui-même l'affaire, ou la faire faire avec facilité par un autre mandataire. Sans aucun doute, la renonciation du mandataire pourrait avoir des conséquences graves et fâcheuses, alors même que l'exécution du mandat ne serait pas commencée, si le mandataire tardait à faire connaître au mandant qu'il lui rend ses pouvoirs, et si, pendant cette perte de temps, l'affaire projetée était devenue impossible ou inopportune, de faisable et de facile qu'elle était auparavant. Le droit ne veut donc pas qu'il en soit ainsi. Il exige que le mandataire donne avis de sa renonciation le plus tôt possible (*quàm primùm*) (1), afin que la demeure ne fasse pas péricliter l'affaire ou ne mette pas le mandant dans l'embarras. Sinon, le mandataire aura à réparer le dommage résultant de la tardivité de sa renonciation (2).

797. Mais si les choses sont encore entières, c'est-à-dire si le mandataire s'est hâté de notifier au mandant sa renonciation, de telle sorte que ce dernier ait eu le temps de se pourvoir d'un autre mandataire, on ne serait pas fondé à exiger de lui qu'il justifiât d'une excuse valable et de nature à légitimer son abstention. Le mandataire est suffisamment dé-

(1) Caius, l. 27, § 2, D., *mandati*, et Cujas, cité *suprà*, n° 339.

(2) Voy. *suprà*, n° 398. Casaregis, disc. 54, n° 31 : " Si ille nullatenùs *possel omnia explere, teneretur, sub onere solvendi de proprio, statim nuntiare mandanti ejus impotentiam vel impedimentum*, ut, si velit, alterius operâ utatur."

chargé par la précaution qu'il a prise de renoncer en temps opportun, de manière à conserver le droit du mandant. *Renuntiari ità potest ut integrum jus mandatori reservetur* (1). En un mot, et malgré quelques textes tirés du droit romain, textes douteux, du reste, et sujets à controverse (2), il n'est pas nécessaire que la renonciation ait une juste cause (3). Toutes les fois que les choses sont entières, toutes les fois que le mandant a été prévenu à temps, la renonciation ne saurait mériter le reproche d'être intempestive ; le mandataire n'a pas besoin d'excuse. *Cùm adhuc integra causa est*, dit très-bien le président Favre, *semper tempestivè renuntiatur* (4). Pothier a reproduit cette idée dans les termes suivants : "Le " mandataire peut quelquefois se décharger de l'obligation " d'exécuter le mandat, quoiqu'il ne soit survenu aucune " juste cause qui l'en dispense. C'est lorsqu'il fait savoir au " mandant qu'il n'entend pas l'exécuter, dans un temps où la " chose est encore entière, c'est-à-dire dans un temps où le " mandant est à portée, ou de faire par lui-même l'affaire qui " faisait l'objet du mandat, ou de trouver facilement une " autre personne qui veuille bien s'en charger (5)." La raison en est évidente. Lorsque les choses sont entières, lorsque toutes les précautions sont prises, le mandant n'éprouve aucun préjudice. Sur quoi donc pourrait-il se fonder pour obtenir ces dommages-intérêts dans lesquels se résout l'inexécution d'un fait (6) ? *Mandati actio*, disait Ulpien, *tunc competit, cùm cœpit interesse ejus qui mandavit. Cæterùm si nihil interest, cessat mandati actio* (7).

(1) Paul, l. 22, § 11, D., *mandati* ; Pothiér, n° 44.

(2) Voy. *suprà*, n° 343, le passage des *Sentences* de Paul auquel je fais ici allusion, et les observations du président Favre.

(3) *Suprà*, n° 343.

(4) Sur la loi 25, D., *mandati*.

(5) N° 44.

(6) Pothier, *loc. cit.*

(7) L. 8, § 5, D., *mandati*.

798. Le deuxième cas que nous avons annoncé au n° 796 a lieu quand la renonciation du mandataire intervient au milieu de circonstances qui font que l'affaire n'est plus entière. Elle est censée n'être plus entière alors que la renonciation du mandataire cause au mandant un préjudice irréparable, soit parce qu'à la place de celui qui s'abstient intempestivement il n'est plus possible de substituer un autre mandataire en état de conduire l'affaire à fin, soit parce que le mandant ne peut pourvoir par lui-même aux nécessités du moment (1); en un mot, parce que l'affaire, entravée par cette renonciation inattendue, périclite, souffre ou avorte.

799. Le mandataire doit alors des dommages et intérêts au mandant. S'il ne peut pas être forcé à faire ce qu'il avait promis (*nemo potest præcisè cogi ad factum*), il doit du moins le dédommagement du préjudice occasionné par son refus (2).

800. Toutefois, il est un cas où il sera exonéré : c'est lorsqu'il prouvera qu'une juste cause l'a forcé à renoncer à l'exécution du mandat. Le mandat est un office. Il ne faut pas traiter avec trop de rigueur celui qui a promis de le rendre et qu'une juste cause en a empêché (3). Quel que soit donc le préjudice éprouvé par le mandant à la suite de cette renonciation intempestive (4), on ne pourra le faire retomber sur le mandataire ; il a une sauvegarde dans la juste cause de son abstention (5).

(1) Add. Op. conf. d'O. Leclercq, t. VI, p. 546.

(2) Add. Op. conf. de Rolland de Villargues, v° *Mandat*, n° 93, où il dit : " Alors le mandataire renonçant est assimilé à celui qui n'accomplit pas le mandat, et doit au mandant des dommages-intérêts résultant de cette inexécution."

(3) *Suprà*, n° 338.

(4) Inst. de Justinien, *Mandati*, § 11.

(5) Add. Op. conf. d'O. Leclercq, tome VI, p. 546, où il dit : " D'ailleurs le mandant doit réparer les dommages que son mandataire souffre à l'occasion de cette gestion ; il devrait donc aussi réparer ce préjudice, si celui-ci ne pouvait renoncer au mandat, ou si on voulait le forcer de l'exécuter.

" Ces dispositions sont à l'avantage de l'un et de l'autre ; on trouve-

[ARTICLE 1759.]

801. Quelles sont les justes causes qui font excuser le mandataire ?

Le jurisconsulte Hermogenianus cite la maladie (*adversa valetudo*) (1). On ne peut exiger, en effet, l'impossible du mandataire. La maladie qui le retient le dispense d'agir, de donner des ordres, de surveiller. Il fait bien de s'abstenir d'une gestion qu'il ne pourrait conduire convenablement. La loi, qui le voit placé entre l'alternative de mal faire et celle de ne pas agir du tout, l'autorise à préférer ce dernier parti, qui est celui de la prudence.

802. Pothier ajoute à l'abstention pour cause de maladie la renonciation fondée sur le dérangement des affaires du mandant (2). Cette cause rentre dans l'un des cas prévus par l'article 2003. Le mandataire avait compté sur la solvabilité du mandant pour le rembourser de ses avances et de ses frais. Faut-il qu'il continue un office qui lui sera à charge? *Iniquum est damnosum esse cuique beneficium suum* (3).

803. Une troisième cause signalée par les lois romaines, ce sont les inimitiés capitales survenues entre le mandant et le mandataire (4). Tout bon rapport devenant impossible, le mandat est nécessairement rompu. Le mandat suppose l'amitié, la confiance, le dévouement ; les haines capitales en sont la destruction.

804. Paul veut aussi qu'on excuse le mandataire lorsqu'il

rait difficilement un mandataire, s'il n'avait pas la faculté de renoncer au mandat ; et la notification de la renonciation qu'on est obligé de faire au mandant, concilie tous les intérêts, surtout que cette renonciation ne peut avoir lieu, lorsqu'il pourrait en souffrir, et que les intérêts du mandataire ne sont pas en conflit avec les siens." Voyez ci-dessus, nº 343, l'opinion conforme de Duranton, nº 281.

(1) L. 23, D., *mandati. Junge* l. 20, D., *de procurat.* (Paul).

(2) *Mandat*, nº 41. Il rattache cette doctrine à la loi 24, D., *mandati*. D'autres, tels que Favre, donnent à cette loi un autre sens.

(3) L. 7, D., *de test. Quemadmod. aperiunt.*

(4) L. 23, D., précitée, *mandati.*

Add. Op. conf. de Mazerat sur Demante, nº 732.

survient dans ses propres affaires une nécessité impérieuse qui l'empêche d'agir pour l'exécution du mandat (1).

On peut citer, comme exemple, l'obligation où serait le mandataire de partir subitement pour un voyage éloigné (2), dont la remise lui occasionnerait un préjudice considérable : *Renuntiari potest si redundet in eum captio, qui mandatum suscepit* (3) ;

Ou bien la perte d'une personne chérie, un mariage, etc.

805. Tous ces cas sont ce que la loi 25, D., *mandati*, appelle *justæ causæ* (4). Notre article les embrasse dans la généralité de ses expressions (5). Elles influent sur le mandat civil aussi bien que sur le mandat commercial.

806. Néanmoins, Delamarre et Lepoitevin estiment que ni l'inimitié, ni le préjudice considérable qu'éprouverait le mandataire par la préférence qu'il donnerait à l'affaire commise sur ses affaires propres, ne peuvent légitimer la renonciation intempestive du commissionnaire à la commission acceptée (6). Le code portugais (7), qui a copié notre article 2007, s'élève contre cette opinion ; et quoique je reconnaisse que l'application de l'art. 2007 doive être moins facile dans les affaires commerciales que dans les affaires

(1) L. 20, D., *de procurat.* " *Si majore re suâ distringatur.*" Et la loi 22, § 11, D., *mandati.*

(2) Ulpien, l. 23, D., *de procurat.* (*longa peregrinatio*). Pothier, n° 42.

(3) Paul, l. 22, § 11, D., *mandati.*

Add. Voy. ci-dessus, n° 673 2°.

(4) *Suprà*, n° 341.

(5) Add. Op. conf. de Demante, n° 758, où il dit : " Il est un cas où le mandataire jouit réellement de la faculté de renoncer, en ce sens qu'il le peut impunément, même au préjudice du mandant ; ce cas qui, au surplus, en renferme un grand nombre, c'est lorsque le mandataire se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver un préjudice considérable. Voyez à ce sujet Hermog., l. 23 et 25 ; Caius, l. 27, § 2, ff. *mand.*"

(6) T. II, n°s 46, 61, et 439.

(7) Art. 822.

civiles, je ne voudrais pas décider d'une manière absolue que les affaires commerciales échappent à son autorité (1).

807. Mais, quelle que soit la légitimité des motifs de renonciation que nous venons de passer en revue, une condition est exigée par notre article pour que le mandataire soit entièrement déchargé de son obligation : c'est qu'il donne avis au mandant de sa renonciation. L'art. 2007 a emprunté à Caius cette prescription (2) : " *Debet mandatori nuntiare, ut is, si velit, alterius operâ utatur* (3)." Le mandant, dont l'affaire est désertée, doit être mis à même d'aviser au mieux de ses intérêts, soit en se pourvoyant d'un autre mandataire, soit en agissant par lui-même.

808. Et cependant il fallait prévoir le cas où le mandataire ne pourrait donner avis au mandant ; et c'est ce qu'a fait le même Caius, dans la loi précitée : " *Si aliquâ ex causâ non potuit nuntiare, securus erit.*" Le mandataire peut être retenu par une maladie aiguë ; il peut aussi se trouver dans un lieu où les moyens de correspondance sont difficiles ou nuls. On ne saurait l'astreindre à l'impossible (4).

---

* *Story* (*Greenough*), *On agency*, § 478. } The agency may be determined by the renunciation of the agent. This renunciation may be before any part of the authority is exe-

(1) Add. Op. conf. de Zachariæ, § 416.

C'est aussi l'opinion de Dalloz, *Mand.*, sect. IV, n° 5, car après avoir rappelé les principes du droit romain, il ajoute : " Un léger préjudice qu'aurait à redouter le mandataire ne suffirait pas pour autoriser cette renonciation ; il donnerait lieu seulement à des répétitions au profit du mandataire, contre le mandant, lors de l'établissement du compte du mandat." Opin. conf. de Delvincourt, t. VII in-8°, p. 332 ; de Deleurie, n° 11793 ; de Rolland de Villargues, *Mand.*, n° 94.

(2) L. 27, § 2, D., *mandati.*

(3) *Junge* Pothier, n° 43.

(4) Idem, *ibidem.*

Add. Op. conf. de Delvincourt t. VII in-8°, p. 331 ; de Deleurie, n° 11791.

cuted, or when it is in part executed. But, in either case, if the agency is founded upon a valuable consideration, the agent, by renouncing it, makes himself liable for the damages which his principal may sustain thereby. If the agency is purely voluntary and gratuitous, there, according to our law, the principal will not be entitled to any damages for its non-execution. But if it was in part executed, and then renounced, and the principal sustains damages thereby, the agent will be held responsible therefor, upon the known distinction between nonfeasance and misfeasance, in cases of gratuitous agency. But in all cases, where the agent renounces his agency, he would seem to be bound to give notice thereof to the principal; and if he does not, and damage is thereby sustained, it may, perhaps, if the omission be fraudulent, give rise, even in our law, to a claim for damages, even though it be a case of gratuitous agency.

1760. Les actes du mandataire, faits dans l'ignorance du décès du mandant ou de toute autre cause qui pouvait mettre fin au mandat, sont valides.

1760. Acts of the mandatary, done in ignorance of the death of the mandator or other cause whereby the mandate is extinguished, are valid.

---

* *C. N.* 2008. } Si le mandataire ignore la mort du mandant, ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1755; *Pothier*, *Mandat*, n° 106, cité sur art. 1755; *Domat*, cité sur art. 1728; *C. C. B. C.*, arts. 1720-1728; *Story*, cité sur art. 1755.

Troplong, Mandat, sur art. 2008 *C. N.* } 809. Après avoir exposé les causes qui mettent fin au mandat (article 2003), le législateur s'occupe de certaines circonstances particulières qui en font durer les obligations au delà de ces causes ordinaires d'extinction. *Solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare* (1). Ces circonstances sont au nombre de deux : 1° l'ignorance du mandataire des événements qui ont mis fin au mandat ; 2° l'ignorance où sont les tiers de ces mêmes événements. L'art. 2008 s'occupe du mandataire ; l'art. 2009 des tiers.

810. A ne considérer que la subtilité du droit, on pourrait dire : L'action *mandati contraria* ne peut procéder que d'un mandat (2). Or, quand le mandant est décédé, ou bien quand il a révoqué son mandataire, le mandat a cessé d'exister ; et quand il a cessé d'exister, c'est comme s'il n'y en avait jamais eu. Donc, tout ce qui a été fait après le décès ou après la révocation est nul de soi, le mandataire n'ayant ni droit ni qualité pour agir.

811. Telle est, en effet, la conclusion à laquelle il faudrait arriver si le *summum jus* devait être la règle des actions humaines. Mais Cicéron l'a dit avec une haute intelligence et une rare concision : *Summum jus, summa injuria.* La jurisprudence est une science de tempéraments ; elle ne suit pas aveuglément la ligne droite ; elle s'en écarte avec prudence quand la rectitude logique porte atteinte à la rectitude morale. Or, qu'y a-t-il de plus contraire à toutes les notions admises sur la responsabilité des actions humaines et l'imputabilité des fautes que de faire retomber sur quelqu'un les conséquences d'un fait qu'il a légitimement ignoré ? Comment ! on laisserait aux risques et périls du mandataire les actes qu'il a passés alors qu'il ne savait pas que le mandat avait cessé par suite d'un événement qu'il n'était pas tenu de

(1) Paul, l. 26, D., *mandati.*

(2) Paul, l. 20, § 1, D., *mandati : " Nam mandati actio non potest competere, cùm non antecesserit mandatum."*

connaître ! Très-souvent le mandat se contracte entre personnes éloignées, et il est impossible que les changements de volonté ou d'état qui affectent son existence parviennent au mandataire avec une rapidité électrique. Un trait de temps s'écoule nécessairement, et, dans cet intervalle, de grands intérêts peuvent avoir été traités; de graves mesures peuvent avoir été prises de bonne foi. Et l'on viendrait renverser, à l'aide d'une argutie logique, ces actes consommés loyalement ! Que deviendrait le crédit? Qui voudrait être mandataire? Qui voudrait traiter avec des mandataires ? Et l'utilité du mandat ne se trouverait-elle pas détruite par l'exagération de ses propres principes ?

L'équité a donc fait taire le langage de la subtilité du droit, et l'on a décidé que l'ignorance du mandataire laisse continuer le mandat. " *Si tamen* (je copie la loi 26, D., *mandati*, tirée des écrits de Paul), *si tamen per ignorantiam impletum est*, *competere*, UTILITATIS CAUSA, *dicitur*. *Julianus quoque scripsit*, *mandatoris morte solvi mandatum*, *sed obligationem aliquando durare* (1)." Cette utilité dont parle le jurisconsulte est ici d'accord avec la morale. Elle se confond avec la bonne foi, avec le crédit. Quand l'utilité a la bonne fortune de se rencontrer ainsi avec la raison philosophique, nous la tenons pour digne de tous nos égards (2).

(1) Voy. Cujas, sur le livre XXXII *Pauli ad edict.*

(2) *Suprà*, n° 772.

Add. Op. conf. de Duranton, n° 274. Voy. *suprà*, n° 770.

Ce qui vient d'être dit s'applique aux obligations judiciaires comme aux obligations contractuelles.

Deleurie, n° 11795, où il cite Paris, 25 avril 1807 (Sirey, VII, 2, 65); dans le même sens, Nîmes, 27 août 1806, et arrêt de rejet du 15 février 1808, rapportés par Merlin, *Rép.*, v° *Opposition* (tierce), § 2, art. 2, n° 1, *in fine* (in-8°, p. 190).

Jurisprudence.—Jugé en conséquence que celui qui a été assigné à la requête d'un étranger, poursuite et diligence d'un individu résidant en France, ne peut pas faire annuler l'assignation, sous prétexte qu'au moment où elle lui a été donnée, son adversaire était décédé, le mandataire

812. C'est pourquoi Ulpien donne la solution suivante : Je vous avais mandé de m'acheter un immeuble. Mais bientôt, changeant d'avis, je vous ai écrit que je renonçais à cet achat. Vous, avant d'avoir reçu ma lettre et connu la révocation de votre mandat, vous avez terminé l'achat. Eh bien ! je suis obligé de le ratifier ; la chose, au lieu de rester à votre compte, est mienne désormais. Et quelle est la raison d'Ulpien ? *Ne damno afficiatur is, qui suscepit mandatum* (1).

Et, en effet, ce serait pour le mandataire une peine injuste. On lui infligerait un dommage pour un service qu'il a cru rendre ; on le châtierait d'avoir fait son devoir.

813. Le jurisconsulte Africain donne un autre exemple de ce point de droit.

Un citoyen romain avait préposé Stichus, son esclave, à l'exercice de son kalendaire dans la province ; c'est-à-dire que Stichus, constitué son *dispensator*, était chargé de prêter ses fonds à intérêt, de toucher les usures, de recevoir les remboursements, de renouveler les échéances, de faire de nouveaux placements, etc.

de ce dernier ayant pu ignorer son décès. Paris, 25 avril 1807 (D. P., II, 680).

—Jugé aussi que l'acte signifié par un mandataire, à la requête du mandant décédé, est interruptif de la prescription, si le mandataire est de bonne foi, ce qui est présumé jusqu'à preuve contraire, Req., 6 novembre 1832 (D. P., XXXIII, 1, 42).

—La vente du bien d'une femme, faite depuis son mariage, en vertu d'une procuration par elle donnée antérieurement à un tiers, pouvait, sous l'empire de la coutume de Paris (conforme en cela au code civil), être déclarée valable, lorsque le mandataire avait agi dans l'ignorance du mariage, et, par suite, du changement d'état de la femme dont il tenait son mandat. Paris, 26 avril 1832 (D. P., XXXII, 1, 169).

—L'emprisonnement fait par un huissier ou un garde du commerce, en vertu d'un pouvoir spécial donné par une personne décédée à l'époque de l'emprisonnement, n'est pas nul, si l'huissier ou le garde du commerce ignorait la circonstance du décès, et s'il a agi de bonne foi. Paris, 13 février 1826 (D. P., XXVI, 2, 153).

(1) L. 15, D., *mandati*.

Ce citoyen fait son testament à Rome ; il donne à Stichus la liberté et l'institue son héritier pour partie ; puis il décède.

Le mandat de Stichus était doublement révoqué : 1° par la mort du mandant ; 2° par le changement d'état du mandataire.

Cependant Stichus, ignorant ce qui s'était passé, continua à recevoir des payements, à prêter, à se faire donner des gages, etc., etc.

Question de savoir si sa gestion devait être ratifiée par les héritiers du mandant. Africain décida l'affirmative (1), en se fondant sur cette ignorance qui fait durer le mandat au delà de ses termes légaux. Cujas a parfaitement illustré cette loi célèbre et toujours citée en cette matière (2).

814. Cette continuation du mandat a lieu même contre les héritiers mineurs laissés par celui dont le décès a mis fin au mandat (3). Le privilége de la minorité est moins fort, ici, que le privilége de la bonne foi et du crédit. Après tout, le tuteur des mineurs pouvait prémunir ses pupilles en révoquant le mandat ou en donnant avis au mandataire de l'événement qui a fait cesser ses pouvoirs. Le mandataire, au contraire, qu'on a laissé dans l'ignorance, n'avait pas moyen de se garantir.

815. Mais comme cette situation faite par notre article au mandataire n'est, après tout, qu'une faveur accordée à la bonne foi, elle cesse toutes les fois que le mandataire n'est pas dans l'ignorance de ce qui s'est passé. L'art. 2008 ne parle que pour le mandataire *qui ignore*, et non pas pour celui qui se conduit dolosivement.

816. Pour faire cesser cette ignorance, il n'est pas nécessaire qu'une notification officielle intervienne. Quelque indirects que soient les moyens qui ont fait connaître au mandataire la fin du mandat, ils sont suffisants. Le manda-

(1) L. 41, D., *de reb. creditis.*

(2) Dans son *Comm. ad Africanum.*

(3) Ulpien, l. 11, D., *de instit. act.;* Paul, l. 17, § 2, D., même titre.

taire n'*ignore* plus; il est hors de la condition de l'article 2008.

Vainement donc se prévaudrait-on des art. 2005 et 2006 du code civil pour soutenir que le mandataire doit être nécessairement touché d'une notification en règle. Ces articles doivent être combinés avec l'article 2008. Or cet article exige l'ignorance du mandataire pour faire planer sur lui sa disposition protectrice. Et l'on ne saurait dire que celui-là est dans l'ignorance qui, par un moyen quelconque autre qu'une notification, a connu, positivement connu l'événement qui a fait cesser ses pouvoirs (1).

Il appartient aux juges d'apprécier les circonstances desquelles la connaissance du mandat peut résulter. Leurs lumières et leur sagacité suppléeront ici à l'insuffisance de la science, trop bornée dans ses prévisions pour énumérer toutes les causes, tous les accidents, tous les moyens directs ou indirects par lesquels l'ignorance du mandataire peut avoir cessé.

1761. Les représentants légaux du mandataire qui connaissent le mandat, et qui ne sont pas dans l'impossibilité d'agir par cause de minorité ou autrement, sont tenus de notifier son décès au mandant et de faire dans les affaires commencées tout ce qui est immédiatement nécessaire pour prévenir les pertes auxquelles le mandant pourrait être exposé.

1761. The legal representatives of the mandatary, having a knowledge of the mandate and not being incapacitated by minority or otherwise, are bound to give notice of his death to the mandator and to do, in business already begun, whatever is immediately necessary to protect the latter from loss.

(1) *Suprà,* nos 713 et 737.

* *C. N.* 2010. } En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci.

---

* *Pro socio, liv.* 17, *tit.* 2, *Arg. L.* 40. } Heres socii, quamvis socius non est, tamen ea quæ per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent : in quibus dolus ejus admitti potest (POMPONIUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Quoique l'héritier d'un associé ne succède point à la société, il doit néanmoins achever ce qui a été commencé par le défunt ; et il sera responsable à cet égard de sa mauvaise foi (POMPONIUS).

Voy. *Story*, cité sur art. 1755.

---

* *Troplong, Mandat, sur art.* 2010 *C. N.* } 830. La mort du mandataire est un fait imprévu qui pourrait porter les plus graves atteintes aux intérêts du mandant, si ses héritiers n'étaient appelés à pourvoir aux nécessités du moment et à prendre les mesures conservatoires exigées par la prudence. La loi leur impose donc, dans ce moment critique, certaines obligations commandées par l'équité, et suite naturelle de la confiance que le mandant avait placée dans leur auteur.

Quelques auteurs ont dit que ce n'est pas le mandat qui continue en leur personne, par la raison que le mandat ne se transmet pas et qu'il expire par la mort. Suivant eux, c'est une gestion d'affaires, née de l'urgence et imposée par la loi (1). Mais cette remarque est-elle bien exacte ? A mon avis, elle doit être modifiée par une distinction.

(1) Add. Demante dit, nº 761 : " Il est clair, au surplus, que, pour ce que les héritiers auront ainsi fait, l'espèce de mandat légal dont ils sont ici investis produirait nécessairement les mêmes effets qu'un mandat véritable. Voy. Ulp., l. 14, ff. *mandati ;* Pomp., l. 40, *pro soc.*"

On lit dans Deleurie, nº 11800 : " L'obligation de vaquer à la conser-

Si les choses sont encore entières lorsque le mandataire est décédé, nul doute que tout ce que ses héritiers feront après sa mort ne se rattachera pas au mandat. C'est la décision formelle de Caius (1). Ils ne sont, dans cette situation, que des gérants d'affaires.

Mais il n'en est pas de même quand l'exécution du mandat avait été commencée par le défunt, et que les héritiers, placés en présence d'une nécessité urgente, ont terminé l'affaire ou empêché, par des mesures conservatoires, qu'elle ne périclite. En cette matière, ce qui est important et décisif, c'est le commencement d'exécution (2). Et comme les héritiers n'ont agi qu'en continuation de ce qui avait été commencé, ils continuent le mandat. C'est là, en effet, ce qu'enseigne le président Favre (3). " *Hoc enim casu cùm non sit* " *finitum mandatum morte mandatarii, quod res integra non* " *sit*, DUBITANDUM NON EST *quin actionem mandati, non modo* " *utilem, sed etiam directam et vulgarem habere debeat manda-* " *tarii hæres, qui mandati exsecutionem à defuncto cœptam* " *impleverit ac perfecerit.*"

831. Voici maintenant dans quel cercle cette action des héritiers doit se mouvoir. On pressent qu'elle ne saurait être que fort restreinte. La cause en est dans le besoin du moment ; la limite en est dans le strict nécessaire.

Si donc les choses sont encore entières, les héritiers devront se borner à donner avis au mandant et à attendre ses instructions. Cet avis est indispensable pour mettre le mandant à même d'aviser à ce que ses intérêts lui conseillent de faire, et de se pourvoir le plus tôt possible d'un autre manda-

vation de la chose qui faisait l'objet du mandat est une charge de la succession, puisqu'elle dérive essentiellement de l'engagement originaire souscrit par le mandataire décédé. Au surplus, le devoir imposé ici aux héritiers est tout ce qui leur reste à faire."

(1) L. 27, § 3, D., *mandati.*

(2) Paul, l. 21, § 2, D., *negot. gest.*

(3) Sur la loi 27, § 3, D, *mandati.*

taire (1). C'est une règle en matière de mandat que le mandant ne doit rien ignorer de ce qui change l'état où se trouvaient les choses au moment du contrat (2).

832. Mais, cet avis donné, les héritiers doivent s'abstenir de rien entreprendre. L'exécution n'étant pas commencée, ce n'est pas à eux qu'il appartient d'y mettre la première main. Le mandat, en effet, n'existe plus ; le commencement d'exécution ne peut coïncider avec la fin du pouvoir d'agir (3).

On les excuserait cependant, suivant Papinien, si, par erreur, ils avaient cru que le mandat se continuait dans leur personne. Leur bonne foi serait pour eux une sauvegarde (4).

833. Quand les choses ne sont plus entières, les héritiers ont à voir s'il est indispensable de prendre quelques mesures conservatoires ou urgentes. Il faut veiller surtout à ce que le mandant n'éprouve pas de préjudice (5). Mais (notons-le bien) ce n'est que dans ce cas seul qu'ils peuvent s'immiscer dans une affaire qui n'a pas été commise à leurs soins ; encore devront-ils se borner à ce qu'il y a de plus pressé et de plus nécessaire.

834. Que si les circonstances n'exigent aucune mesure conservatoire, les héritiers s'abstiendront. Ils laisseront les choses dans l'état où le défunt les a laissées ; ils abandonneront au mandant, dûment averti, le soin de continuer par lui-même ou par un autre mandataire ce que le décès de leur auteur ne lui a pas permis de terminer (6).

(5) Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 442. *Junge* Duranton, t. XVIII, n° 293

(6) Voy., par exemple, la loi 27, § 2, D., *mandati* (Caius). *Suprà*, n° 807.

(7. Caius, l. 27, § 3, D., *mandati*.

(8) L 57, D., *mandati*.

(9) Mon *Comm. de la Société*, n° 893.

(1) Add. *Jurisprudence.*—Décidé que les héritiers d'un gardien ne succèdent pas aux fonctions de celui-ci ; ils sont à l'abri de tout recours de la part du saisissant, si, sur l'avis du décès du gardien, il a négligé

835. Si les héritiers sont mineurs, ils sont dispensés de tous ces soins (1). Incapables de veiller à leurs intérêts propres, comment pourraient-ils veiller aux intérêts des autres?

836. J'étends également cette exemption aux femmes, dont l'inexpérience en affaires est une cause d'excuse (2). N'oublions pas qu'il s'agit ici d'une simple continuation du mandat, où la responsabilité ne s'apprécie pas avec la même rigueur que s'il s'agissait du mandataire lui-même. D'ailleurs, en cette matière, tout doit être envisagé au point de vue de la bonne foi. " *De bonâ fide enim agitur, cui non con-* " *gruit de apicibus juris disputare* (3)."

837. Enfin, les héritiers majeurs qui seraient restés dans l'inaction seraient absous s'ils avaient ignoré l'existence du mandat. De même que la loi admet, chez les héritiers, l'ignorance possible et de bonne foi du dépôt fait à leur auteur (4), de même il est permis de reconnaître qu'ils peuvent ignorer qu'un mandat avait été donné à celui qu'ils représentent (5).

838. Au reste, la preuve de cette ignorance dépend des

de prendre les mesures convenables pour s'opposer au divertissement des objets placés sous sa garde. Bordeaux, 24 juin 1841 (D. P., XLI, 2, 237).

(1) Mon *Comm. de la Société*, n° 893. Arg. de la loi 1, D., *de fidejussoribus et nominatoribus et hæred. tutorum* (Pomponius). Arg. de l'art. 419 du code civil. Duranton, t. XVIII, n° 293.

Add. Où il dit: " C'est d'ailleurs ce que le code lui-même décide en matière de tutelle; l'art. 419 porte que la tutelle est une charge personnelle qui ne passe point aux héritiers du tuteur, que ceux-ci sont seulement responsables de la gestion de leur auteur, et, s'ils sont majeurs, tenus de la continuer jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur. Or la raison est la même en matière de mandat."

(2) Pomponius, loi précitée, et mon *Comm. de la Société*, n° 893.

(3) Ulpien, l. 28, § 4, D., *mandati*.

(4) Art. 1935 du code civil. Voy. mon *Comm. du Dépôt*.

(5) Arg. de la loi 57, D., *mandati*; Papinien: " *Quoniàm hæredes ejus errore lapsi* "

circonstances. Tel héritier était éloigné de son auteur et n'avait aucune connaissance de ses affaires; tel autre vivait avec lui et était initié à tous ses actes. Il y a des mandataires qui exercent publiquement une profession dont le mandat est l'essence; il y en a d'autres dans la vie desquels ce mandat n'a été qu'un accident isolé. Quelquefois les héritiers ont su que leur auteur était mandataire, mais ils ont ignoré le nom ou la demeure de celui dont il gérait les affaires au moment de son décès, et ils n'ont pu lui donner l'avis exigé par l'art. 2010. Tous ces faits seront pris en considération; ils auront une juste influence sur la responsabilité des héritiers.

TITRE NEUVIÈME.

DU PRÊT.

TITLE NINTH.

OF LOAN.

Rapport de MM. les Commissaires. OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES. — Les articles de ce titre, à l'exception de ceux du dernier chapitre : *Du Prêt à Intérêt*, sont basés sur le texte même de la loi romaine, dont l'ancien droit français ne s'est pas écarté d'une manière importante. En comparant ces lois avec les articles du Code Napoléon, on les trouve généralement d'accord, et en conséquence l'ordre suivi dans ce code a été adopté, avec quelques écarts qui pour la plupart ne touchent qu'à la rédaction et à l'arrangement. Les quelques cas où le changement est plus important seront notés en leur lieu. On peut néanmoins observer ici que les articles soumis relatifs au prêt à intérêt diffèrent de ceux du Code Napoléon, et que ce dernier n'a pas de chapitre correspondant à notre chapitre quatrième: *Des Rentes constituées*; comme ce contrat est un de ceux qui prennent leur source dans le droit des gens dans son application aux besoins et aux intérêts réciproques des hommes, plutôt que dans la législation municipale, les règles qui le régissent sont à peu près les mêmes chez tous les peuples civilisés.

Après un article préliminaire, le titre est divisé en quatre chapitres : le premier, du prêt à usage ; le second, du prêt de consommation ; le troisième, du prêt à intérêt ; le quatrième, des rentes constituées.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

L'article 1762 reproduit le 1874 du Code Napoléon en énonçant la division du prêt en prêt à usage, *commodatum*, et en prêt de consommation, *mutuum*.

CHAPITRE I.

DU PRÊT A USAGE.

Ce chapitre est subdivisé en trois sections, I. Dispositions générales ; II. Des obligations de l'emprunteur ; III. Des obligations du prêteur.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

L'article 1763 réunit les articles 1875 et 1876 du Code Napoléon, la définition étant imparfaite sans cette réunion.

L'article 1765, au lieu de suivre l'article 1878 du C. N., qui est imparfait dans l'énumération des choses qui peuvent être l'objet du prêt, contient un renvoi à la règle énoncée au titre *Du Louage*. La seule différence sous ce rapport entre les deux contrats consiste en ce que le premier est gratuit et que l'autre ne l'est pas ; on n'a soumis aucun article correspondant au 1879e, la règle contenue dans ce dernier article étant commune aux contrats, et le titre des *Obligations* y pourvoyant suffisamment.

SECTION II.

DES OBLIGATIONS DE L'EMPRUNTEUR.

La loi ancienne exigeait de la part de l'emprunteur d'être responsable de la faute la plus légère.

L'article 1766 est un amendement proposé pour correspondre à l'art. 1064 du titre *Des Obligations*. Il correspondra

également avec l'article 1880 C. N., dont la dernière partie cependant est omise comme inutile.

Les articles 1767 et 1768 coïncident avec les articles 1881, 1882, C. N., et ne demandent pas d'observations. L'article 1883 du Code Napoléon qui déclare que si la chose a été évaluée au temps du prêt, la perte qui en arrive même par cas fortuit tombe sur l'emprunteur, n'a pas été adopté ; il ne rencontre pas l'approbation de Troplong, et quoique ce point ait soulevé une divergence d'opinions sous l'ancien droit, les Commissaires néanmoins, suivant l'avis de Pothier, ont pensé qu'il vaut mieux le laisser sous la règle générale.

Les articles 1769 à 1772 contiennent des règles de notre droit d'accord avec les dispositions des articles correspondants du C. N., et ne requièrent aucune remarque particulière.

SECTION III.

OBLIGATIONS DU PRÊTEUR.

Les articles de cette section numérotés 1773, 1774, 1775 et 1776 coïncident avec le droit français et n'ont pas besoin de commentaire.

CHAPITRE II.

DU PRÊT DE CONSOMMATION.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Ce chapitre, comme le précédent, est subdivisé en trois sections sous les mêmes rubriques.

Le premier article de cette section (1777) donne du prêt de consommation, *mutuum*, une définition qui ne souffre aucune difficulté ; elle fait néanmoins ressortir la différence absolue qui existe dans le droit romain entre le *mutuum* et le *commodatum*. Pothier traite des deux dans des traités séparés comme de deux contrats distincts ; mais les jurisconsultes les traitent ensemble ; les deux contrats étant connus dans le droit français sous la dénomination de *prêt* et dans le droit anglais sous celle de *loan*. Ils ont en conséquence été

inclus dans un même titre de ce code de même que dans le Code Napoléon.

L'article 1778 répond au 1893e C. N. et ne requiert aucune observation.

Un article préparé n'a pas été soumis ; il correspondait à l'article 1894 C. N., qui déclare que le prêt de consommation ne peut avoir lieu dans les cas où il s'agit de choses qui, quoique de même espèce, diffèrent néanmoins dans l'individu, comme les animaux. La règle de cet article ne se trouve pas dans Pothier, quoique le principe, sous une forme restreinte et modifiée, en puisse être inféré indirectement au numéro 25 de son traité sur ce sujet. La proposition générale que les animaux, parce qu'ils diffèrent dans l'individu ne peuvent être l'objet du prêt de consommation n'est pas exacte ; on peut les donner en poids ou en nombre, pour être rendus en même poids ou nombre. Troplong a senti l'objection qu'on peut faire à cet article, et il l'explique et le limite de manière à faire voir que l'article est, pour le moins, inutile. Troplong, Prêt, 177, 178.

Les articles 1779 et 1780 contiennent des règles d'une autorité incontestable tant sous l'ancien que sous le nouveau droit.

SECTION II.

DES OBLIGATIONS DU PRÊTEUR.

Cette section ne comprend que le seul article numéroté 1781 qui exprime une règle qui ne souffre aucune difficulté. Cet article va plus loin que l'article 1898 C. N., en déclarant que le prêteur doit avoir le droit d'aliéner la chose prêtée. Il n'y a cependant à cet égard aucune différence entre l'ancien et le nouveau droit, suivant l'interprétation des commentateurs.

La section correspondante du Code Napoléon contient trois autres articles, les 1899e, 1900e, 1901e, dont le sujet appartient plus directement à la section qui suit, et dans laquelle les Commissaires les ont placés, quoique Troplong soutienne, à l'encontre de Duranton, que dans le Code Napoléon, ils sont à leur place.

SECTION III.

OBLIGATIONS DE L'EMPRUNTEUR.

Les articles 1783 et 1784 comprennent les règles énoncées dans les articles 1899, 1900, 1901 et 1902, C. N., qui ne souffrent aucune difficulté.

L'article 1784 diffère des articles 1903 et 1904, C. N., sous deux rapports. En premier lieu, il oblige l'emprunteur à l'option du prêteur, à payer la valeur de la chose, à défaut de restitution, au lieu de restreindre cette obligation au cas où cette restitution est impossible. L'article 1784 sous ce rapport est conforme au droit romain et à l'opinion de Pothier, de Domat et autres jurisconsultes. La seconde différence consiste en ce que par le Code Napoléon, la valeur de la chose non restituée doit être la valeur qu'elle avait au temps et au lieu de l'emprunt, tandis que par l'article soumis, cette valeur doit être déterminée suivant le temps et le lieu de la mise en demeure de l'emprunteur. Cette disposition maintient la conformité avec les règles générales concernant la demeure et l'exécution des obligations, et en substance, elle est d'accord avec notre droit tel que déclaré par les autorités citées au bas de l'article. Troplong discute les changements apportés par le Code Napoléon, et développe les raisons probables qui ont engagé à les faire ; mais les Commissaires ne les ont pas considéré suffisamment appuyées pour opérer les mêmes changements dans notre droit. L'article 1904 C. N. contient une règle qui et déjà énoncée en l'article 1077 du titre Des Obligations, et qu'il est inutile de répéter ici. Troplong, Prêt, 284, 288, 296.

CHAPITRE III.

DU PRÊT À INTERÊT.

Ce sujet est entièrement réglé par statut. L'article 1785 énonce en termes généraux différentes règles que le statut applique à différents cas. Il n'est pas soumis d'articles correspondant aux articles 1905 et 1906 C. N., dont le premier paraît inutile ; et quant au second, il introduit la règle spé-

ciale que l'intérêt payé sans qu'il ait été stipulé, ne peut être ni recouvré ni imputé sur le principal ; il a paru préférable de laisser cette matière à la doctrine générale relative aux présomptions, et aux règles contenues au titre *Des Obligations.*

L'article 1786 correspond aux articles 1908 C. N., et 2896 du code de la Louisiane, et énonce incontestablement la loi en force.

CHAPITRE V.

DE LA CONSTITUTION DE RENTE.

Le Code Napoléon contient dans son chapitre sur le prêt à intérêt, des dispositions concernant la constitution de rente; mais comme sous la loi que nous avons, il y a des différences importantes entre les deux contrats, il a été jugé convenable de consacrer un chapitre particulier à la constitution de rente. Une de ces différences se trouve dans le chapitre des statuts refondus relatif aux rentes dont une des clauses accorde l'opposition afin de charge pour la conservation des ces rentes. Il est encore d'autres différences en France sous le Code Napoléon qui sont signalées par Troplong à l'endroit cité sous l'article 1787. La législation récente de ce pays a cependant presqu'entièrement assimilé les deux espèces de prêts, et il serait peut-être à désirer que les différences qui les séparent disparussent entièrement. La distinction entre les deux était un résultat artificiel et forcé des objections que rencontrait autrefois le prêt à intérêt.

L'article 1787 contient une condition arrêtée et essentielle du contrat, conformément au droit ancien comme au droit moderne. Aucune remarque particulière n'est requise sur cet article non plus que sur le suivant 1788.

L'article 1789 au fonds correspond aux articles 1910, 1911 C. N., excepté quant au dernier paragraphe du dernier de ces articles, qui établit qu'on peut stipuler que la rente ne pourra pas être rachetés avant l'expiration de dix ans. Les dispositions de notre droit à cet égard s'appliquent à d'autres espèces de rentes et sont contenues dans les articles auxquels il est renvoyé par l'article 1789. La difficulté de donner une

interprétation claire au statut qui règle cette matière a été mentionnée dans le rapport sur le titre *De la distinction des choses.*

L'article 1790 réunit les deux articles 1912, 1913, C. N., en omettant cependant le premier paragraphe du premier de ces articles, qui n'est pas loi pour nous. On renvoie dans cet article, comme dans le précédent, au titre *De la distinction des choses.*

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1762. Il y a deux sortes de prets : 1o. Le prêt des choses dont on peut user sans les détruire, appelé *prêt à usage* ou *commodat ;* 2o. Le prêt des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, appelé *prêt de consommation.*

GENERAL PROVISIONS.

1762. Loans are of two kinds :

1. The loan of things which may be used without being destroyed, called loan for use (*commodatum*) ;

2. The loan of things which are consumed by the use made of them, called loan for consumption (*mutuum*).

---

* *C. N.* 1874. } Il y a deux sortes de prêts :
Celui des choses dont on peut user sans les détruire.

Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait.

La première espèce s'appelle *prêt à usage*, ou *commodat :*

La deuxième s'appelle *prêt de consommation*, ou simplement *prêt,*

---

* *C. L.* 2862. } Il y a deux sortes de prêt .
Celui des choses dont on peut user sans les détruire ;

Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait ;

La première s'appelle prêt à usage ou commodat ;

La deuxième s'appelle prêt de présomption.

---

* *ff. De rebus creditis, Liv.* 12, *Tit.* 1, *L.* 2. } Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum) ; sed idem genus. Nam si aliud genus, veluti, ut pro tritico vinum recipiamus non erit mutuum. (PAULUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } On prête une chose pour recevoir dans la suite non la chose prêtée elle-même (autrement ce seroit un prêt à usage ou un dépôt), mais une autre chose du même genre. En effet, si on donnoit une chose d'un certain genre pour en recevoir une autre d'un genre différent, par exemple, du blé pour recevoir dans la suite du vin en place, ce ne seroit pas un prêt. (PAUL).

---

8 *Marcadé, sur art.* 1874 *C. N.* } I. — 2. Le mot *prêt* vient du latin *præstare*, qui signifie *fournir*, *procurer*. Et conformément à cette étymologie, le prêt implique l'idée d'un acte, d'un contrat par lequel une personne fournit et procure une chose à une autre personne pour que celle-ci use de cette chose pendant un certain temps et la rende ensuite.

II.— 3. Le caractère de ce contrat, de même que l'obligation qui en résulte au moins quant au mode d'exécution, sont sujets à une variation notable, que notre article fait pressentir en disant qu'il y a deux sortes de prêt, le prêt à usage et le prêt de consommation, mais dont il reste à rechercher et à préciser la cause. A cet égard, on peut dire que cette variation procède notamment de l'intention des contractants et tient à la valeur que les parties attribuent ou sont censées attribuer, en contractant, à la chose qui fait l'objet de la convention.

4. Notons, en effet, qu'une chose quelconque peut être envisagée soit comme ayant la valeur générale des autres choses de même nature, soit comme ayant une valeur propre, spéciale, indépendante. Dans ce dernier cas, la chose est juridiquement ce qu'on nomme un *corps certain;* dans le premier, elle prend le nom de *quantité* ou *chose fongible.* C'est là un point important; et avant d'aller plus avant, nous essayerons de le mettre en lumière en le spécialisant.

Par exemple, citons l'argent monnayé ; c'est la chose fongible par excellence. Il arrivera bien rarement, en effet, que les parties attachent une valeur particulière, spéciale à telle ou telle pièce de monnaie. Une pièce de cinq francs vaut une autre pièce de cinq francs, et vaut également cinq pièces d'un franc quelles qu'elles soient. Il n'y a donc pas d'intérêt, pour la partie à laquelle une certaine somme est due, à réclamer telles pièces plutôt que telles autres pièces de monnaie ; et dès qu'en définitive la totalité des pièces à elle remises forme l'entier montant de la somme à laquelle elle a droit, elle se tient et doit se tenir pour satisfaite.

Au contraire, supposons que la chose promise soit, par exemple, une maison, un champ, un cheval, un fusil, il arrivera toujours ou presque toujours que le créancier aura intérêt à exiger la chose même qui a été promise. En effet, une autre chose de même espèce, une autre maison, un autre champ, un autre cheval, un autre fusil, ne remplirait pas son objet ; car il a traité en vue des qualités particulières, de la valeur propre, des avantages spéciaux de la chose qui a fait l'objet de la convention ; c'est là ce qu'il est en droit d'attendre, et ce qu'il n'obtiendrait pas en recevant une chose de même espèce autre que celle qui a été précisée et individualisée par la convention, cette chose fût-elle considérée généralement comme plus précieuse. C'est en raison de ce caractère d'individualité et de certitude que la chose prend ici le nom de corps certain.

5. Or, appliquons ceci au contrat de prêt, et nous trouvons aussitôt l'explication des choses.

Deux personnes conviennent ensemble que l'une d'elles, que l'on nomme *prêteur*, procurera et fournira à l'autre, que l'on appelle *emprunteur*, telle chose dont ce dernier usera pendant un certain temps et qu'il rendra ensuite au prêteur : quel est le caractère de cette convention ? Et en quoi consiste l'obligation de restituer qui en résulte ? Nous répondons maintenant, avec et d'après les explications qui précèdent, que cela dépend du point de vue où les parties se sont placées en contractant. Ou bien elles ont considéré la chose, objet du prêt, comme un corps certain ; ou bien elles l'ont envisagée comme chose fongible. Dans le premier cas, c'est la chose même qui doit être restituée ; et alors celui qui prête n'en retient pas moins la propriété de la chose, l'emprunteur ne pouvant pas l'aliéner et en acquérant simplement l'usage. Dans le second cas, ce que l'emprunteur est tenu de rendre, ce n'est pas la chose même qui a été prêtée, c'en est une autre de même espèce ; et alors l'emprunteur devient réellement *propriétaire* de la chose prêtée, tellement qu'il en peut disposer, l'aliéner ou la détruire, sauf à s'en procurer une autre semblable au moment de la restitution et à satisfaire ainsi à son obligation envers le prêteur, lequel reste avec un simple *droit de créance.*

6. Dans son économie, l'art. 1874 répond à ces idées. Après avoir dit qu'il y a deux sortes de prêt, cet article désigne successivement le prêt de l'une et l'autre sorte par une appellation qui en fait ressortir le caractère distinctif. L'un des deux, comme on vient de le voir, implique seulement une aliénation momentanée de l'*usage* de la part de l'emprunteur : notre article le désigne sous la dénomination de *prêt à usage*, en lui maintenant aussi le nom de *commodat*, du mot latin *commodatum* qui servait à le désigner. L'autre implique la transmission de la propriété au profit du prêteur ; et si notre article ne lui maintient pas l'appellation romaine *mutuum*, mot dont l'étymologie telle qu'elle nous est donnée par Justinien (étymologie d'ailleurs contestable), se rattachait nettement à cette idée de transmission de propriété, il lui en donne

une autre qui n'est ni moins précise, ni moins expressive : il l'appelle *prêt de consommation*, ce qui indique bien le droit pour l'emprunteur, non-seulement de se servir de la chose prêtée, mais encore de la *consommer*, c'est-à-dire d'en disposer.

III.—7. Mais si, au point de vue de la division qu'il énonce, notre article est d'une exactitude parfaite, nous n'en saurions dire autant assurément de l'idée qui semble en avoir inspiré les définitions, et en particulier celle du prêt de consommation.

D'après cette idée, les choses fongibles ne seraient autres que les choses de consommation ; car notre article dit de cette sorte de prêt, lequel se produit, comme nous venons de le voir, quand la chose prêtée a été envisagée comme fongible par les parties, que c'est *celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait*. Or, il y a, dans cette assimilation absolue des choses fongibles avec les choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, *quæ primo usu, ipso usu consumuntur*, comme disaient les Romains, une erreur grave qu'il importe de relever ici, bien qu'elle ait été déjà relevée par Marcadé (t. II, nos 391 et 392).

8. Le caractère de chose fongible résulte essentiellement de l'intention des parties, et par conséquent il se fonde sur une relation entre ces parties et la chose. Pour nous servir d'une expression allemande qui, au surplus, tend à se répandre dans notre langue juridique, c'est un caractère *subjectif*.

Au contraire, le caractère de chose se consommant par le premier usage ou par l'usage qu'on en fait dérive avant tout de la nature de la chose considérée en elle-même, abstraction faite de toute influence étrangère. Ceci, à vrai dire, est moins du domaine du droit que du domaine de l'économie politique, qui nous indique qu'il est des choses qui ne servent qu'autant qu'on les détruit et dont l'usage consiste dans la consommation même, comme les comestibles, les combustibles, et qu'il en est d'autres qui servent à des usages continus et répétés, comme les maisons, les meubles, les vêtements, les

machines, les animaux de trait, les animaux servant à la reproduction, etc.

9. Or, nous le répétons, c'est au caractère de fongibilité de la chose, c'est-à dire à une qualité résultant de l'intention, qu'il se faut attacher exclusivement pour reconnaître le simple prêt, le prêt de consommation, et le distinguer du commodat. Et par cela même on pressent ce qu'il y a d'inexact à dire de ce prêt que c'est celui des choses de consommation.

Sans doute, il arrivera le plus souvent que les choses qui se consomment par le premier usage seront considérées aussi comme fongibles par les parties. Et en effet, il est clair que celui qui prête à une personne une certaine quantité de blé, de vin, d'huile, ne s'attend pas, en général, à recevoir, le jour de la restitution venu, la chose même qu'il a prêtee. Le service qu'il entend rendre consiste précisément à laisser à l'emprunteur la faculté d'user de la chose prêtée, c'est-à-dire de la consommer ; par cela même il entend que celui-ci, n'étant plus en mesure de rendre la chose en nature, se libérera en donnant l'équivalent.

Néanmoins le contraire peut se produire exceptionnellement. Par exemple, il se peut que Paul voulant, dans un but quelconque, dans un intérêt connu de lui seul, faire croire à un tiers qu'il a du blé quand réellement il n'en a pas, emprunte son blé à Pierre en lui promettant de lui rendre identiquement le même blé ; voilà un cas dans lequel une chose de consommation ne sera pas considérée par les parties comme fongible et où le prêt de cette chose de consommation constitue cependant, par l'intention des parties, un commodat ou prêt à usage.

10. Ce cas, à la vérité, sera fort rare. Mais le cas inverse, celui où des choses destinées à un usage permanent et répété sont cependant considérées par les parties comme fongibles, en sorte que le prêt dont elles sont l'objet constitue un prêt de consommation, est très-fréquent au contraire. Ce cas se vérifie chaque fois que les parties conviennent entre elles que l'emprunteur pourra aliéner l'objet du prêt. Cette conven-

tion, qui peut être expresse ou tacite, sera présumée si l'emprunteur ne peut user de cet objet qu'en l'aliénant. Tel sera le cas, par exemple, où la chose prêtée sera de l'argent comptant. C'est là, en effet, l'objet le plus fréquent des prêts de consommation ; c'est, ainsi que nous l'avons dit plus haut, la chose fongible par excellence, et cela même démontre le vice du système qui identifie les choses fongibles avec les choses qui se consomment par le premier usage, puisque l'argent comptant, chose essentiellement fongible, est en même temps l'une des choses qui, essentiellement aussi, sont le plus destinées à un usage continu et répété, et qui se consomment le moins par suite de cet usage.

A la vérité, les partisans de ce système pensent échapper à cette contradiction par l'argument emprunté à Justinien, qui, après avoir cité les principales choses se consommant par l'usage, ajoute qu'il *faut placer à peu près sur la même ligne* l'argent monnayé, l'usage qu'on en fait consistant à l'échanger et en amenant ainsi, en quelque sorte, l'extinction continuelle : *quibus proxima est pecunia numerata, namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur.* (Inst., lib. II, tit. IV, § 2.) Mais cet argument forcé, même en le supposant admissible quand il s'agit d'argent monnayé, serait, en tout cas, tout à fait hors de propos dans les mille autres hypothèses qui peuvent se produire. Par exemple, un libraire de province manque de tel ou tel ouvrage dont il a besoin immédiatement pour satisfaire une pratique qui le lui demande ; il en emprunte un exemplaire à son confrère en promettant de lui en rendre un autre quand il aura reçu ceux qu'il attend de Paris. Par exemple encore, un marchand a besoin, pour conclure sur-le champ une affaire importante, d'un certain nombre de chevaux qu'il ne pourrait pas fournir ou compléter actuellement ; il s'adresse à un autre marchand, son confrère, auquel il emprunte le complément qui lui est nécessaire, sous promesse de lui rendre le même nombre de chevaux quand seront arrivés ceux qn'il fait acheter en Angleterre. Certes on ne dira ici ni du livre, ni

des chevaux, comme on dit de l'argent, que ce sont choses spécialement destinées à l'échange. Et voilà des cas où des choses destinées à un usage permanent et répété sont néanmoins considérées comme fongibles par les contractants, et deviennent ainsi, par la volonté, par la seule intention des parties, l'objet d'un simple prêt, d'un prêt de consommation.

11. C'est donc par une erreur évidente que les rédacteurs du Code, suivant d'ailleurs en cela les indications de Pothier, qui, à cet égard, n'a pas sa netteté habituelle, ont identifié les choses fongibles avec celles qui se consomment par le premier usage. Entre ces deux idées voisines mais non identiques, comme le dit justement M. de Savigny, il y a une nuance marquée que nous avons essayé de faire ressortir dans les observations qui précèdent ; et pour résumer ces observations en même temps que pour rectifier les formules de notre article, nous disons :

Le contrat de prêt, qui est de deux sortes, varie suivant que les parties ont considéré la chose prêtée comme un corps certain ou comme une chose fongible :

Dans le premier cas, le prêteur reste propriétaire de la chose prêtée, et c'est cette chose même que l'emprunteur est tenu de lui rendre à l'époque fixée pour la restitution : cette sorte de prêt s'appelle *prêt à usage* ou *commodat ;*

Dans le second cas, la propriété est transférée à l'emprunteur, et celui-ci est tenu seulement à rendre une chose de même espèce que celle qu'il a reçue : cette sorte de prêt se nomme *prêt de consommation* ou simplement *prêt.*

En toute hypothèse où les parties n'ont pas manifesté leur intention ou leur volonté d'une manière positive, la question de savoir si elles ont entendu conclure un prêt à usage ou un prêt de consommation se résoudra dans chaque espèce, eu égard à la situation des contractants, à la nature soit de la chose, soit de l'usage convenu, aux circonstances accessoires du prêt.

IV.—12. Il ne nous reste plus, avant d'aborder l'étude des caractères particuliers à chacune des deux espèces de prêt,

qu'à préciser un caractère qui leur est commun. Le prêt, d'usage ou de consommation, constitue toujours un contrat *réel*, en ce sens que l'obligation qui lui est propre ne peut naître et se former qu'autant que la chose qui fait l'objet du contrat a été livrée par le prêteur à l'emprunteur. " Le prêt, dit très-exactement Domat, est une de ces sortes de conventions où l'on s'oblige à rendre une chose, et où, par conséquent, l'obligation ne se contracte que par la délivrance de la chose prêtée." (1) C'était aussi la doctrine de Pothier (2) ; et elle est généralement suivie aujourd'hui (3).

13. Toutefois il ne faudrait pas conclure de là que la *convention de prêter* ou la simple *promesse de prêt* soit nulle. Sans doute, nous n'irons pas jusqu'à dire, avec quelques auteurs, qu'aujourd'hui la *promesse* doit être assimiliée au *prêt* lui-même, notre Code ayant laissé à l'écart la distinction des Romains entre les contrats *réels* et les contrats *consensuels*, et ayant posé en principe que le lien de droit se forme désormais par le seul consentement (4). Mais nous ne disons pas non plus que, sous le Code Napoléon, il en soit de la *promesse de prêter* comme dans le droit romain, où, ainsi que tout autre pacte nu, elle produisait simplement une obligation naturelle. La vérité est qu'une telle promesse est valable et obligatoire aujourd'hui, comme toute convention régulièrement conclue et faite avec l'intention de s'obliger. Il en résulte non-seulement que celui qui a reçu la promesse est fondé, en cas de refus, à réclamer des dommages-intérêts, mais encore qu'il est en droit, si la chose est possible, de se

(1) *Voy.* Domat (*Lois civiles*, liv. I, tit. v, sect. 1, n° 3).

(2) *Voy.* Pothier (*Du Prêt*, n° 6).

(3) *Voy.* MM. Delvincourt (t. III, p. 199 du texte et 400 des notes, édit. de 1824) ; Duranton (t. XVII, n°s 486 et 487) ; Troplong (*Du Prêt*, n° 6) ; Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. IV, p. 456, note 1) ; Mourlon (t. III, p. 373, 5e édit.) — *Voy.* cependant MM. Toullier (t. VI, n° 17) ; Duvergier (*Du Prêt*, n° 25).

(4) *Voy.* notamment MM. Toullier et Duvergier (*loc. cit.*)

faire mettre en possession de l'objet promis. Cela a été reconnu expressément par la Cour de Colmar dans une espèce où la promesse avait pour objet l'usage d'un local; la Cour a déclaré que la promesse n'a pas, en ce cas, le caractère d'une simple obligation de faire se résolvant en dommages-intérêts, et que les juges doivent dès lors prescrire toutes mesures coercitives nécessaires pour l'exécution de la convention (1). C'est en ce sens et dans cette mesure que la promesse de prêt est valable et obligatoire, parce qu'il y a là une convention propre qui, ayant pour base l'intention ou la volonté de s'obliger et n'étant pas illicite, ne saurait rester sans effet dans l'état de notre législation actuelle.

Mais, répétons-le, cette convention n'est pas encore le prêt qui ne peut exister sans que la tradition ait eu lieu soit volontairement, soit par autorité de justice en cas de refus du promettant. Jusque-là, elle reste soumises aux règles applicables à tous les contrats en général ; et c'est seulement par la tradition qu'elle devient un prêt véritable et se place sous l'empire des règles propres à ce contrat, lesquelles diffèrent des principes généraux notamment en ce qui concerne les risques de la chose et la responsabilité des parties (art. 1882, 1883, 1887, 1889, 1891, 1893, 1898).

---

* *Story* (*Schouler*), *Bailments*, § 219 *et s.* } § 219. The next class of Bailments to be considered is that which, in the civil law, is called a COMMODATUM, and which, for the want of a more appropriate term, Sir William Jones has, after the French jurists, called a LOAN FOR USE (*Prêt à Usage*), to distinguish it from a *Mutuum*, or loan for consumption. He defines it thus : " Lending for use, is a bailment of

(1) Colmar, 8 mai 1845 (S. V., 47, 2, 117; Dalloz, 46, 2, 219; *J. Pal.*, 1846, t. I, p. 161).—*Voy.* aussi les auteurs cités aux notes précédentes.—*Junge:* MM. Taulier (t. VI, p. 421); Aubry et Rau, d'après Zachariæ (3e édit., t. III, p. 203, note 3). — *Voy.* cependant MM. Massé et Vergé (*loc. cit.*)

a thing for a certain time, to be used by the borrower without paying for it." In the civil law, it is defined to be the grant of a thing to be used by the grantee gratuitously for a limited time, and then to be specifically returned. "Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nullâ mercede acceptâ vel constitutâ res tibi utenda data est. Gratuitum enim debet esse commodatum. Is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur." Ayliffe says: "It is a grant of something, made in a gratuitous manner, for some certain use, and for a certain term of time, expressed or implied, to the end that the same species should be again returned or restored again to us; and not another species of the same kind or nature; and this in as good a plight as it was first delivered."

§ 220. Lord Holt has defined this bailment to be, when goods or chattels, that are useful, are lent to a friend gratis, to be used by him; and it is called *Commodatum*, he adds, because the thing is to be restored *in specie*. Mr. Chancellor Kent, with his usual neatness, defines it to be a bailment or loan of an article for a certain time, to be used by the borrower without paying for the use.

§ 221. It is unfortunate, that our language has no word which exactly expresses the meaning of the Roman word; for the term "loan" is often employed to signify a lending upon interest, or a lending to be returned in kind. It would have been well if Sir William Jones had not scrupled to naturalize the name by calling it a commodate (as he has called *Mandatum* a mandate), and thus to have made it as familiar in our law as commodate is in the Scottish law, to express the same contract. Ayliffe, in his Pandects, has gone further, and terms the bailor the *commodant*, and the bailee the *commodatary*, thus avoiding those circumlocutions, which, in the common phraseology of our law, have become almost indispensable.

[ARTICLE 1762.]

* *Jones, Bailments,* p. 64-68. } On the third species of bailment, which is one of the most usual and most convenient in civil society, little remains to be observed, because our own and the Roman law are on this head perfectly coincident. I call it, after the French lawyers, *loan for use*, to distinguish it from their *loan for consumption*, or the *mutuum* of the Romans; by which is understood *the lending of money, wine, corn, and other things, that may be valued by number, weight, or measure, and are to be restored only in equal value or quantity:* this latter contract, which, according to St. German, is most properly called a *loan*, does not belong to the present subject; but it may be right to remark, that, *as the specefic things are not to be returned, the absolute property of them is transferred to the borrower, who must bear the loss of them if they be destroyed by wreck, pillage, fire, or other inevitable misfortune.* Very different is the nature of the bailment in question; for, a horse, a chariot, a book, a greyhound, or a fowling-piece, which are lent for the use of the bailee, ought to be re-delivered *specifically;* and the owner must abide the loss if they perish through any accident which a *very careful and vigilant man* could not have avoided. The negligence of the borrower, who alone receives benefit from the contract, is construed rigorously, and, although *slight*, makes him liable to indemnify the lender; nor will his incapacity to exert *more than ordinary* attention avail him on the ground of an *impossibility*, "which the law," says the rule, "never demands;" for, that maxim relates merely to things *absolutely* impossible; and it was not only very possible, but very expedient, for him to have examined his own capacity of performing the undertaking, before he deluded his neighbour by engaging in it; if the lender, indeed, was not deceived, but perfectly knew the *quality*, as well as age, of the borrower, he must be supposed to have demanded no higher care than that of which *such* a person was capable; as, if Paul lend a fine horse to a raw youth, he cannot exact the same degree of management and circumspection which

he would expect from a riding-master, or an officer of dragoons.

From the rule, that a borrower is answerable for *slight* neglect, compared with the distinction before made between simple *theft* and *robbery*, it follows, that, if the borrowed goods be *stolen* out of his possession by any person whatever, he must pay the worth of them to the lender, unless he prove that they were purloined notwithstanding his *extraordinary* care. The example given by Julian is the first and best that occurs : Caius borrows a silver ewer of Titius, and afterwards delivers it, that it may be safely restored, to a bearer of such approved fidelity and wariness that no event could be less expected than its being stolen ; if, after all, the bearer be met in the way by scoundrels, who contrive to *steal* it, Caius appears to be wholly blameless, and Titius has suffered damnum sine injuriâ. It seems hardly necessary to add, that the same care which the bailee is bound to take of the *principal* thing bailed must be extended to such *accessory* things as belong to it and were delivered with it : thus, a man who borrows a watch, is responsible for *slight* neglect of the chain and seals.

Although the laws of Rome, with which those of England in this respect agree, most expressly decide, that a borrower using more than ordinary diligence *shall not be chargeable, if there be a force which he cannot resist*, yet Puffendorf employs much idle reasoning, which I am not idle enough to transcribe, in support of a new opinion, namely, "that the borrower ought to indemnify the lender, if the goods lent be destroyed by fire, shipwreck, or other inevitable accident, and *without his fault*, unless *his own* perish with them :" for example, if Paul lend William a horse worth thirty guineas, to ride from Oxford to London, and William be attacked on a heath in that road by highwaymen, who kill or seize the horse, he is obliged, according to Puffendorf and his annotator, to pay thirty guineas to Paul. The justice and good sense of the contrary decision are evinced beyond a doubt

by M. Pothier, who makes a distinction between those cases where the loan was the *occasion* merely of damage to the lender, who might in the mean time have sustained a loss from other accidents, and those where the loan was the sole efficient *cause* of his damage ; as, if Paul, having *lent* his horse, should be forced in the interval by some pressing business to *hire* another for himself ; in this case, the borrower, ought, indeed, to pay for the hired horse, unless the lender had voluntarily submitted to bear the inconvenience *caused* by the loan ; for, in this sense and in this instance, *a benefit conferred should not be injurious to the benefactor.* As to a condition *presumed* to be imposed by the lender, that he would not abide by any loss *occasioned* by the lending, it seems the wildest and most unreasonable of presumptions : if Paul really intended to impose such a condition, he should have declared his mind ; and I persuade myself that William would have declined a favour so hardly obtained.

CHAPITRE PREMIER.

DU PRÊT A USAGE OU COMMODAT.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1763. Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties, appelée le prêteur, livre une chose à une autre personne appelée l'emprunteur, pour s'en servir gratuitement pendant un temps et ensuite la rendre au prêteur.

CHAPTER FIRST.

OF LOAN FOR USE (*Commodatum*).

SECTION I.

GENERAL PROVISIONS.

1763. Loan for use is a contract by which one party, called the lender gives to another, called the borrower, a thing to be used by the latter gratuitously for a time, and then to be returned by him to the former.

[ARTICLE 1763.]

* *C. N.* 1875, } 1875. Le prêt à usage ou commodat est un
1876. } contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servir.

1876. Ce prêt est essentiellement gratuit.

---

* *C. L.* 2864. } Le prêt à usage ou commodat est un con-}trat par lequel l'un livre une chose à l'autre pour s'en servir selon sa destination naturelle ou selon la convention, à la charge par l'emprunteur de la rendre après qu'il s'en sera servi.

---

* *ff. Commodati vel contrà,* } Ait prætor : *Quod quis commo-*
Liv. 13, *Tit.* 6, *L.* 1, § 1. } *dasse dicetur, de eo judicium dabo.*

§ 1. Hujus edicti interpretatio non est difficilis : unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit, *commodati* fecit mentionem, cùm Pacuvius *utendi* fecit mentionem. Inter commodatum autem, et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem. Commodari enim rem mobilem, non etiam soli : utendam dari, etiam soli. Sed ut apparet, propriè commodata res dicitur, et quæ soli est. Idque et Cassius existimat. Vivianus ampliùs etiam habitationem commodari posse ait. (Ulpianus).

Ibidem, } L'édit du préteur porte : " En matière
Trad. de M. Hulot. } de prêt, je donnerai action ".

§ 1. L'interprétation de cet édit n'est pas difficile : il suffira d'observer que son auteur a fait mention du prêt, comme Pacuvius avoit parlé de ce qui est donné à usage. Entre le prêt et ce qui est donné à usage, Labéon pense qu'il n'y a d'autre différence que celle qui est entre le genre et l'espèce : car le prêt tombe sur les choses mobiliaires et non sur les immeubles, au lieu que ces derniers sont donnés à usage. Mais il paroît que les immeubles mêmes peuvent proprement être dits prêtés : c'est aussi l'avis de Cassius. Vivien pense même qu'on peut prêter le droit d'habitation. (Ulpien).

[ARTICLE 1763.]

* *Inst.*, *Liv.* 3, *Tit.* 15, § 2. } Item is cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione (*ex* CAIO ; *L.* 1, § 3, ff. *de oblig. et act.*). Sed is ab eo qui mutuum accepit, longè distat ; namque non ita res datur ut ejus fiat (*vid.* POMPON. *et* ULP. *L.* 8 *et* 9, ff. *commod.*) ; et ob id de eâ re ipsâ restituendâ tenetur (*ex* CAIO ; *d. L.* 1, § 3, ff. *de oblig.*). Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruinâ, naufragio, aut latronum hostiumve incursu : nihilominùs obligatus remanet. At is qui utendum accepit, sanè quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur ; nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire ; sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpâ is casus intervenerit. Alioqui, si id quod tibi commodatum est domi, peregrè tecum ferre malueris, et vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio amiseris, dubium non est quin de restituendâ eâ re tenearis (*ex* CAIO ; *d. L.* 1, § 4, ff. *eod.*). Commodata autem res tunc propriè intelligitur, si nullâ mercede acceptâ vel constitutâ, res tibi utenda data est : alioqui, mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum. (*vid.* ULP. *L.* 5, § 12, ff. *commod.*).

Ibidem *Trad. par M. Du Caurroy.* } Pareillement celui à qui l'on fait un prêt à usage, c'est-à-dire, un commodat, est obligé par la chose, et tenu de l'action de commodat. Mais entre ce dernier et celui qui reçoit un prêt de consommation, il existe une grande différence ; car on ne lui donne pas la chose pour l'en rendre propriétaire, et par conséquent, c'est la chose même qu'il est tenu de rendre. Celui qui, après avoir reçu une chose en prêt, la perd par un cas fortuit quelconque, comme par incendie, ruine, naufrage, attaque de voleurs ou des ennemis, n'en reste pas moins obligé. Quant à celui qui reçoit à usage, il doit, sans doute, apporter un soin exact à la conservation de la chose, et lorsqu'un autre plus soigneux aurait pu la conserver, il ne suffit

pas d'y avoir mis le même soin que l'on met ordinairement à ses propres choses ; mais il n'est pas tenu de la force majeure et des cas fortuits, pourvu toutefois qu'il n'y ait pas donné lieu par sa faute. Autrement, si lorsqu'une chose vous a été prêtée pour un usage domestique, vous préférez l'emporter en voyage et que vous la perdiez, soit dans une attaque des ennemis ou de voleurs, soit dans un naufrage, il n'est pas douteux que vous ne soyez tenu de la rendre. Il y a commodat proprement dit, pour la chose dont on vous permet l'usage, sans recevoir et sans fixer aucune rétribution : autrement, s'il intervient une rétribution, on vous loue l'usage de la chose, car le commodat doit être gratuit.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Prêt à usage Introd. et art. I, n° 2 et s.* } Le *Prêt à usage* est un contrat par lequel un des contractants donne gratuitement à l'autre une chose, pour s'en servir à un certain usage ; et celui qui la reçoit, s'oblige de la lui rendre après qu'il s'en sera servi.

C'est ce contrat qu'on appelle en terme de droit *commodatum.*

On appelle *prêteur*, celle des parties contractantes qui donne la chose à l'autre, soit qu'elle lui en fasse par elle-même la tradition, soit qu'elle se serve du ministère d'une autre personne, qui fait cette tradition au nom et de la part de la partie contractante.

On appelle *emprunteur*, l'autre partie contractante qui reçoit la chose, soit que la tradition lui en soit faite à elle-même, soit qu'elle soit faite de son ordre à un autre.

2. Il est de l'essence du contrat de *prêt à usage*, qu'il y ait, 1° une chose qui soit prêtée ; 2° un certain usage pour lequel la chose soit prêtée.

Il n'importe pour quel usage : car c'est un *prêt à usage*, non-seulement lorsqu'une chose est prêtée pour l'usage qui lui est propre ; comme lorsque je vous prête un lit pour vous coucher, ou un cheval pour faire un voyage ou pour labou-

rer votre champ ; mais aussi lorsque je prête la chose pour quelque autre usage que ce soit. Par exemple, si je vous prête des meubles pour les donner en gage à votre créancier, qui ne veut surseoir à ses poursuites qu'à cette condition, c'est un vrai contrat de *prêt à usage* qui intervient entre nous.

Il en serait autrement, si c'était moi-même qui, à votre prière, les donnasse à votre créancier en nantissement de votre dette. Le contrat qui interviendrait entre nous, serait un contrat de *mandat ;* L. 5, § 12, ff. *Commod.*

3. 3° Il est de l'essence de ce contrat, que l'usage de la chose soit accordé gratuitement (1). Si pour l'accorder, j'exige de vous quelque récompense, c'est un commerce : ce n'est plus le contrat de *prêt à usage;* c'est une autre espèce de contrat, qui est, ou celui de *louage*, si la récompense consiste dans une somme d'argent, ou un contrat sans nom, tenant plus du contrat de louage que du prêt, lorsque c'est quelque autre chose que vous vous obligez de me donner, ou lorsque vous vous obligez de faire pour moi quelque chose.

C'est pourquoi, lorsque je vous prête mon bœuf pour dix jours, à la charge que vous me prêterez ensuite le vôtre pour autant de temps, Ulpien décide que ce n'est pas le contrat de *prêt à usage*, mais une autre espèce de contrat sans nom : *Commodati non competit actio, quia non fuit grutuitum commodatum, verùm præscriptis verbis agendum est*, L. 59, § 3, ff. *de Præscr. verb.*

4. 4° Il est de l'essence du contrat de prêt à usage, que l'emprunteur s'oblige à rendre la même chose *in individuo* qui lui est prêtée, après qu'il s'en sera servi, et conséquemment que cette chose lui soit délivrée, si elle n'est déjà par devers lui ; car l'obligation qu'il doit contracter de la rendre, suppose nécessairement qu'elle est par devers lui.

5° Il est de l'essence de ce contrat que l'emprunteur ne reçoive la chose prêtée que pour s'en servir à l'usage pour lequel elle lui est prêtée, et que le prêteur en conserve non-

(1) V. art. 1876, C. civ. (BUGNET).

seulement la propriété, s'il en est le propriétaire, mais même la possession par le ministère de l'emprunteur, qui est censé ne détenir la chose qu'au nom de celui qui la lui a prêtée : *Rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus;* L. 8, ff. *Commod.* NEMO *enim commodando, rem facit ejus cui commodat;* L. 6, ff. *eod. tit.*

6° Enfin, il est de l'essence du contrat que le consentement des parties intervienne sur la chose prêtée, sur l'usage pour lequel elle est prêtée, et sur la restitution qui en doit être faite.

5. Il est évident que le *prêt à usage* est de la classe des contrats de bienfaisance, étant de son essence d'être gratuit. Il renferme un bienfait que le prêteur fait à l'emprunteur, en lui accordant gratuitement l'usage de sa chose.

6. Il est aussi de la classe des contrats *réels*, c'est-à-dire, de ceux qui ne se forment que par la tradition de la chose.

En effet, on ne peut concevoir de contrat de *prêt à usage*, si la chose n'a été délivrée à celui à qui on en accorde l'usage ; l'obligation de rendre la chose, qui est de l'essence de ce contrat, ne pouvant pas naître avant que la chose ait été reçue.

On dira peut-ère que, dans notre droit français, où toutes les conventions, même celles que le droit romain appellait *nuda pacta*, sont valables, et produisent des obligations civiles, la convention par laquelle je serais convenu avec vous de vous prêter dans un tel temps une certaine chose, est valable par le seul consentement des parties, dès avant que je vous aie délivré la chose ; et cette convention produit une action contre moi, pour m'obliger à vous délivrer la chose dans le temps convenu.

Je réponds que cette convention n'est pas le contrat de *prêt*, c'est seulement une *promesse* de prêter, qui diffère du contrat de prêt, comme une promesse de vendre diffère du contrat de vente. Le contrat de prêt ne se formera que lorsque, en exécution de cette promesse, je vous aurai délivré la chose.

Il est vrai que si la chose est déjà par devers l'emprunteur, *putà*, parce qu'elle avait été mise en dépôt chez lui, ou de quelque autre manière que cela se soit fait, le contrat de prêt reçoit en ce cas sa perfection par le seul consentement des parties. Mais si ce consentement suffit alors, c'est que la tradition s'est faite d'avance ; et il est toujours vrai de dire que le contrat de prêt est un contrat *réel*, qui ne peut se former que par une tradition ou actuelle, ou qui ait précédé. En un mot, il faut que la chose prêtée, ou soit remise par le contrat entre les mains de l'emprunteur, ou qu'elle se trouve déjà par devers lui.

7. Le *prêt à usage* est un contrat synallagmatique, qui produit de part et d'autre des obligations. Il n'est pas néanmoins de la classe de ceux qui sont parfaitement synallagmatiques, dans lesquels l'obligation de chacun des contractants est également principale, tels que sont les contrats de *Vente*, de *louage*, de *société*. Il est de la classe de ceux qui sont moins parfaitement synallagmatiques : car, dans ce contrat, il n'y a que l'obligation de l'emprunteur qui soit l'obligation principale du contrat, laquelle est pour cet effet appelée *Obligatio commodati* DIRECTA ; et d'où naît l'action *commodati* DIRECTA, que le prêteur envers qui elle est contractée, a contre l'emprunteur. Au contraire, l'obligation du prêteur n'est regardée que comme une obligation incidente et indirecte, laquelle pour cet effet est appelée *Obligatio commodati* CONTRARIA : d'où naît l'action *commodati* CONTRARIA, que l'emprunteur envers qui elle est contractée, a contre le prêteur (1) ; *Voy.* notre *Traité des Obligations*, n° 9.

8. Enfin le prêt à usage est de la classe des contrats qu'on appelle *contractus juris gentium ;* car, il se régit par les seules règles du droit naturel, et il n'est assujetti à aucune formalité par le droit civil.

Si, de même que tous les autres contrats, il doit être rédigé

(1) Aussi l'art. 1325, C. civ., ne serait point applicable au contrat de commodat. (BUGNET).

par écrit, lorsque la chose qui en fait la matière est d'une valeur qui excède 100 livres, ce n'est que pour la preuve du contrat que cette forme est requise, et non pour sa substance (1) ; *Traité des Obligations*, n° 15.

9. Le *prêt à usage* tient quelque chose de la donation. Il contient un bienfait, et le prêteur, comme dans la donation, donne gratuitement quelque chose à l'emprunteur ; mais il diffère de la donation, en ce que, dans celle-ci, la chose même est donnée, le donateur en transfère la propriété au donataire ; au lieu que dans le *prêt à usage*, ce n'est pas la chose même que le prêteur donne, il n'en donne que l'usage ; il conserve la propriété de la chose qu'il prête : il en conserve même la possession, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 5, et l'emprunteur s'oblige de la lui rendre.

10. Le *prêt à usage* a aussi de l'analogie avec le *prêt de consomption* qu'on nomme *mutuum ;* ils renferment l'un et l'autre un bienfait qui n'est qu'imparfait ; parce que, dans l'un et dans l'autre contrat, l'emprunteur s'oblige de rendre. Mais ces contrats diffèrent en ce que, dans le *prêt à usage*, le prêteur conserve la propriété de la chose prêtée ; et c'est cette chose elle-même *in individuo*, que l'emprunteur s'oblige de lui rendre. Au contraire, dans le *prêt de consomption*, les choses prêtées étant des choses dont on ne peut faire aucun usage qu'en les consommant, telles que sont de l'argent, du blé, du vin, etc., le prêteur transfère à l'emprunteur la propriété des choses prêtées, pour que cet emprunteur les consomme à son gré ; et il devient seulement créancier d'une somme ou quantité égale à celle qu'il a prêtée, que l'emprunteur s'oblige de lui rendre (2).

(1) V. art. 1341, C. civ. (BUGNET).

(2) Le *mutuum*, que Pothier appelle *prêt de consomption*, n'exige pas que les choses prêtées soient telles qu'on *ne puisse en faire aucun usage qu'en les consommant :* Il suffit que, dans l'intention des parties, les choses, objet du contrat, aient été considérées comme des *quantités* qui peuvent être remplacées par des quantités de même nature, et qu'il y ait eu intention d'en transférer la propriété. (BUGNET).

11. Enfin le contrat de *prêt à usage* a du rapport avec le contrat de *louage*, et avec les contrats *sans nom*, par lesquels le prêteur exige de l'emprunteur quelque récompense. Ce rapport consiste en ce que c'est l'usage d'une chose que l'une des parties accorde à l'autre, qui fait la matière de ces contrats, de même que du *prêt à usage ;* mais la gratuité du *prêt à usage* est le caractère qui le distingue de ces contrats, en sorte qu'étant si essentiellement différents du *prêt à usage*, ils ne produisent pas les mêmes obligations.

12. La convention avec laquelle le prêt à usage, *commodatum*, dont nous traitons, a le plus de rapport, est la convention de *précaire*, qui est une espèce de prêt à usage. Nous en ferons voir les différences au chapitre quatrième, où nous traiterons de cette convention.

13. Le contrat de prêt n'a rien à cet égard de particulier : il peut intervenir entre toutes les personnes qui sont capables de contracter, et il est évident qu'il ne peut intervenir entre celles qui en sont incapables. C'est pourquoi, si j'ai emprunté d'un fou une chose que j'ai reçue de lui, il n'est intervenu par là aucun contrat de prêt ; et nous n'avons contracté, de part ni d'autre, les obligations qui naissent du contrat de prêt. Si je suis obligé de rendre la chose, ce n'est pas en vertu d'un contrat de prêt, puisqu'il n'en est pas intervenu, mais en vertu de la loi naturelle qui oblige tous ceux qui possèdent sans cause la chose d'autrui, de la rendre à celui à qui elle appartient : et pareillement si le fou est obligé de me rembourser les impenses extraordinaires que j'aurais faites pour la conservation de la chose que j'ai reçue de lui, et dont il a profité, ce n'est pas par un contrat de prêt qu'il y est obligé, n'y en ayant eu aucun, mais par la seule équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem ;* L. 206, ff. *de Reg. Jur.*

Il faut dire la même chose du prêt, qu'une femme sous puissance de mari aurait fait à quelqu'un sans être autorisée : étant incapable de contracter, il n'y a point en ce cas de con-

trat de prêt ; et tout ce que nous avons dit dans l'espèce précédente, reçoit une entière application dans cette espèce.

Il n'en est pas de même d'un mineur qui, quoique encore sous la puissance de tuteur, a passé l'âge de l'enfance, et est en âge de savoir ce qu'il fait : les contrats de ce mineur ne sont pas absolument nus, comme ceux d'une femme mariée qui contracte sans être autorisée. Quoique ce mineur ne s'oblige pas en contractant sans l'autorité du tuteur, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'il profite du contrat, néanmoins il oblige ceux qui contractent avec lui, et le contrat subsiste de la part de ceux qui contractent avec lui ; Instit. *tit. de Auctoritate tutorum.*

C'est pourquoi il n'est pas douteux que le prêt fait par un mineur à quelqu'un, quoique sans l'autorité de son tuteur, est valable, et qu'il produit dans l'emprunteur toutes les obligations qui naissent du contrat de prêt (1).

Sur les personnes qui sont capables ou incapables de contracter, *V.* notre *Traité des Obligations*, part. 1re, ch. 1er, sect. 1re, art. 4.

Voy. *Story* et *Jones*, cités sur art. 1762.

---

* 8 *Marcadé, sur arts. 1875 et 1876 C. N.* } I.—16. Selon la définition de Pothier, " le prêt à usage est un contrat par lequel un des contractants donne gratuitement à l'autre une chose pour s'en servir à un certain usage ; et celui qui la reçoit, s'oblige de la lui rendre après qu'il s'en est servi." Les rédacteurs du Code ont emprunté à Pothier cette définition, dont les parties essentielles sont reproduites dans les art. 1875 à 1877. En les reprenant successivement, nous aurons à parler de la nature et de l'objet du contrat ; de la gra-

(1) Il faut aujourd'hui en dire autant de la femme mariée ; car la loi nouvelle a mis sur la même ligne l'incapacité du mineur et celle de la femme mariée, l'une et l'autre sont relatives ; en cela, il est dérogé aux anciens principes. (Art. 1125, C. civ.) (BUGNET)

tuité de la convention ; de son effet en ce qui concerne les droits à la chose, ce qui nous permettra de préciser les caractères du contrat et, en même temps, les rapports et les différences qu'il présente avec plusieurs autres conventions. Nous dirons ensuite à quelle classe de contrats appartient le prêt à usage et comment l'existence en peut être prouvée.

II.—17. L'art. 1875 exprime d'abord que le prêt à usage est un *contrat par lequel* l'une des parties *livre* une chose à l'autre. Peut-être la formule n'est-elle pas d'une exactitude et d'une correction parfaites, en ce que la *livraison*, base même de la convention et principe générateur de l'obligation qui en résulte, est un fait matériel qui n'est pas accompli *par le contrat*, lequel se borne uniquement à constater l'accord des parties. Néanmoins, l'expression a sa portée, et il faut la retenir : elle montre que la tradition, comme nous l'avons déjà fait remarquer, est un des éléments essentiels du prêt, qui, ainsi et en ce sens, est un contrat réel (*suprà*, n° 12).

18. Le même article ajoute que la chose est livrée à l'emprunteur *pour s'en servir......* Ceci caractérise la convention et sert à la faire distinguer de plusieurs contrats qui se forment aussi par la tradition, mais où la tradition a une cause tout autre que l'intention de procurer l'*usage* de la chose à celui qui la reçoit.

Par exemple, vous envoyez chez moi votre bibliothèque dans le but unique de m'en confier la garde avec le soin de veiller à sa conservation : ce n'est pas un prêt ; c'est un *dépôt*, si je prends la charge gratuitement ; c'est un *louage de services*, si je la prends moyennant un prix.

Ou bien l'envoi de votre bibliothèque m'est fait en vue de me procurer une garantie qui me réponde du payement de ma créance de 5 000 francs : c'est là un *gage*, ce n'est pas un prêt.

Ou encore, je vous remets une chose pour vous permettre de la voir, de l'estimer, de l'essayer avant de l'acheter : ce n'est pas un prêt à usage proprement dit ; c'est un *contrat in-*

nommé, une mesure prise en vue d'un marché possible ou projeté.

19. Un dernier trait est à relever ici dans l'art. 1875 : cet article précise que l'emprunteur reçoit la chose *à la charge de la rendre après s'en est servi.* Ainsi, la chose qui doit être rendue est la chose même qui a été prêtée. Par là, le prêt à usage se distingue du prêt de consommation où l'emprunteur ne doit rendre qu'une chose de même espèce. C'est par là également que le prêt à usage, qui sous d'autres rapports s'identifie avec la donation, comme nous l'allons voir tout à l'heure, se distingue néanmoins de ce contrat où, sauf les cas de révocation, la chose livrée ne doit pas être rendue du tout par celui qui l'a reçue. En effet, par la donation, la propriété de la chose donnée passe des mains du donateur en celles du donataire, tandis que le prêt à usage ne confère pas la propriété de la chose au preneur. C'est, du reste, ce qu'exprime l'art. 1877, auquel nous allons arriver, après avoir traité d'un autre élément essentiel du prêt à usage, la *gratuité.*

III.—20. *Ce prêt est essentiellement gratuit*, nous dit en effet l'art. 1876, qui, en cela, ajoute un élément essentiel à la définition incomplète contenue dans l'article précédent. La gratuité est donc de l'essence du prêt à usage ; et c'est par là que ce contrat, ainsi que nous venons de le dire, se rapproche de la donation, laquelle est le contrat à titre gratuit par excellence. On peut dire même du prêt à usage, comme on peut le dire de tous les autres contrats de bienfaisance si les éléments en sont analysés avec soin, qu'il est, au fond, une donation d'une nature particulière. Et en effet, tandis que la donation proprement dite est l'abandon gratuit du droit le plus complet qu'on puisse avoir sur une chose, le droit de propriété, le prêt est l'abandon gratuit de l'un des éléments de la proprieté, l'usage. On peut donc le qualifier une *donation d'usage*, comme on pourrait qualifier *donation de services* le mandat ou le dépôt, qui n'est lui-même qu'un mandat d'un genre particulier ; comme on pourrait qualifier le cautionnement *donation de crédit.*

Quoi qu'il en soit, la gratuité est de l'essence du prêt à usage; c'est par là que sans équivoque possible on distinguera ce prêt des contrats à titre onéreux qui reposent sur la tradition faite dans le but de procurer l'usage de la chose livrée à celui qui la reçoit. "Si pour accorder l'usage, dit très bien Pothier, j'exige de vous quelque récompense, c'est un commerce : ce n'est plus le contrat de prêt à usage; c'est une autre espèce de contrat, qui est, ou celui de *louage*, si la récompense consiste dans une somme d'argent, ou un contrat sans nom, tenant plus du contrat de louage que du prêt, lorsque c'est quelque autre chose que vous vous obligez de me donner, ou lorsque vous vous obligez de faire pour moi quelque chose." Ce sera donc seulement quand la tradition impliquera un contrat de bienfaisance, c'est à dire quand elle aura lieu sans aucun esprit de gain de la part de celui qui aura livré la chose, quand celui-ci aura eu en vue uniquement de rendre un service gratuit, que la convention intervenant entre le prêteur et l'emprunteur constituera le prêt à usage.

21. Remarquons néanmoins que la bienveillance et la gratuité, qui sont de l'essence du prêt, peuvent n'être pas exemptes d'un certain calcul. Celui qui prête aujourd'hui peut avoir une arrière-pensée, celle de trouver l'emprunteur plus disposé à lui rendre service s'il l'y provoque un jour. On peut même entrevoir des cas où le prêt tournera directement à l'avantage du prêteur, par exemple si celui-ci prête sa voiture et son cheval à son mandataire, qui, ainsi, pourra conclure plus rapidement l'affaire dont il est chargé.

Mais le jurisconsulte n'a pas ici, plus qu'en aucun autre contrat, à rechercher le motif premier, *la cause éloignée* du contrat; il ne doit se préoccuper que du motif immédiat, *de la cause prochaine et directe :* et dès que le contrat lui apparaît comme constituant un service unilatéral, rendu par l'une des parties à l'autre sans équivalent juridique, il ne saurait hésiter à y voir un contrat de bienfaisance et à le considérer comme soumis aux règles propres à ces sortes de

contrats. De même qu'il y a donation de la part du propriétaire d'une chose dans l'abandon volontaire et gratuit qu'il fait de cette chose à un tiers, quels que soient les motifs par lesquels le donateur s'est dirigé, de même il y aura prêt dans l'abandon gratuit, non pas de la propriété, mais de l'usage temporaire d'une chose, quels que soient les motifs qui ont déterminé le propriétaire à faire cet abandon.

IV.—22. Le dernier élément essentiel de la convention de prêt à usage, c'est que le prêteur *conserve et retient le droit* qu'il avait auparavant sur la chose. L'art. 1877 dit, en ce sens, que *le prêteur reste propriétaire de la chose prêtée ;* mais la disposition est incomplète, car nous verrons dans le commentaire de l'art. 1878 (*infrà*, n° 44) qu'on peut prêter la chose d'autrui. Notre formule, empruntée d'ailleurs à M. Delvincourt, est donc sinon plus exacte, au moins plus complète que celle de la loi, qui s'est préoccupée du cas ordinaire, *de eo quod plerumquè fit*, c'est à dire du cas où le prêteur est propriétaire. La règle qu'il pose alors constate, entre le prêt à usage et le prêt de consommation, une différence nouvelle, laquelle a son corollaire dans cette autre différence déjà signalée (*suprà*, n° 19), quant au mode d'exécution de l'obligation de rendre. Ajoutons que non-seulement la propriété reste au prêteur et ne passe pas à l'emprunteur, mais encore que celui-ci n'acquiert pas même la possession de la chose dans le sens juridique du mot : il n'a qu'une possession précaire ; il est simplement détenteur.

23. Du principe que le prêteur conserve et retient le droit qu'il avait auparavant sur la chose, et spécialement qu'il en reste propriétaire nonobstant le prêt, résulte la conséquence qu'il a une action réelle pour se la faire rendre, soit par l'emprunteur, soit par les tiers en faveur desquels l'emprunteur l'aurait aliénée, ou entre les mains desquels elle se trouverait par une cause quelconque. Mais il y a ici une différence notable à préciser.

24. Si la chose prêtée se trouve aux mains d'un tiers auquel le prêteur la réclame, celui-ci pourra, et ce sera son

unique ressource, opposer la prescription en tant qu'il serait en position et dans le cas d'invoquer ce moyen. Le cas, d'ailleurs, ne sera pas rare, au moins dans l'hypothèse où il s'agirait de meubles corporels, puisque la prescription en est instantanée (C. Napoléon, art. 2279). A la vérité, la loi fait une exception pour les objets volés ou perdus. Mais l'exception n'aurait pas ici toute sa portée, et spécialement elle n'en aurait aucune si l'objet du prêt avait été vendu par l'emprunteur au tiers auquel le prêteur en demanderait la restitution. Car, on le verra dans notre commentaire des art. 1880 et 1884, la vente, par l'emprunteur, de la chose prêtée, ne constitue pas un vol, ni même un abus de confiance (nº 71). En sorte que la circonstance que la chose prêtée aurait été vendue par l'emprunteur ne ferait pas obstacle à la prescription instantanée au profit du tiers qui l'aurait achetée.

25. Que si l'objet réclamé par le prêteur est aux mains de l'emprunteur, c'est autre chose. L'emprunteur, tant qu'il reste détenteur de la chose prêtée, quelle qu'elle soit, n'en peut prescrire la propriété par aucun laps de temps. C'est une conséquence nécessaire du principe, de la nature même de sa possession. Simple détenteur de la chose, l'emprunteur a eu, dès l'origine, une possession *précaire* dont il n'a jamais pu changer le titre. Et cette possession, qui n'est pas utile pour faire acquérir la propriété par la prescription, réclame perpétuellement, selon l'expression de Pothier, pour la restitution de la chose à celui qui l'a prêtée. Donc, lorsque le prêteur prouve, même après trente ans, qu'il est propriétaire, il doit recouvrer sa chose ; et il peut, M. Duranton en fait la très-juste remarque, même après trente ans, faire cette preuve à l'aide de l'acte de prêt. Car si cet acte est prescrit, en tant que productif d'obligation, il subsiste dans toute sa force comme moyen de prouver le droit de propriété contre celui qui, emprunteur à l'origine et détenteur à ce titre, est censé, jusqu'à preuve contraire, avoir toujours continué de détenir au même titre.

26. Ce serait le cas d'insister ici sur la preuve du prêt. Toutefois, nous avons à présenter auparavant quelques observations touchant la forme et le point de savoir à quelle classe de contrats il convient de rattacher la convention.

V.—27. Le prêt à usage est-il un contrat synallagmatique ou uu contrat unilatéral ? De sa nature, il est évidemment unilatéral, puisque la seule obligation qui en dérive nécessairement est celle qui incombe à l'emprunteur de restituer la chose au terme convenu et dans l'état où il l'a reçue. Aussi un acte sous seings privés constatant la convention n'aurait-il pas besoin d'être dressé en double original (art. 1325) : un seul suffirait, à la condition d'être signé par l'emprunteur.

28. Cependant il peut arriver, par suite de certaines circonstances, par exemple si l'emprunteur avait fait des dépenses nécessaires pour la conservation de la chose, que le prêteur fût à son tour obligé envers l'emprunteur : le contrat peut ainsi exceptionnellement et par accident prendre un caractère synallagmatique. Cette particularité doit le faire ranger, comme les autres contrats où elle se rencontre, parmi les contrats *synallagmatiques imparfaits*. Toutefois, il n'en doit pas moins, pour tout ce qui concerne les questions de preuve, être traité comme contrat unilatéral.

29. Quant à la promesse de prêt, dont nous avons cherché plus haut à déterminer la portée et à préciser le caractère (*voy.* n° 12 et 13), elle est égalément unilatérale. Mais ici ce n'est plus l'emprunteur, c'est celui de qui émane la promesse de prêter qui, jusqu'au moment de la tradition, est seul obligé. Aussi un acte signé de celui-ci suffirait à l'existence légale de la convention : et c'est ce que déclare l'arrêt de Colmar, dont nous avons eu déjà à apprécier la décision sur un autre point (voy. *loc. cit.*)

VI.—30. Complétons notre commentaire des art. 1875 à 1877 par l'examen des questions de preuve en ce qui concerne le prêt à usage. Ces questions présentent quelques points délicats qui, d'ailleurs, dépendent tous du parti à prendre sur la question préliminaire de savoir si le prêt doit

être prouvé suivant les règles ordinaires de la preuve des obligations conventionnelles, et spécialement s'il peut être prouvé autrement que par écrit dès qu'il a pour objet une valeur supérieure à 150 francs.

La question était vivement controversée sous l'empire des ordonnances de 1566 et de 1667, dont les art. 1341 et suivants de notre Code ont reproduit les dispositions. Les anciens auteurs citent deux arrêts du Parlement de Paris qui ont admis la preuve testimoniale d'un *commodat* ou *prêt de courtoisie*, comme dit Charondas : l'un, en date du 11 avril 1574, rendu à la prononciation de Pâques ; l'autre du mois de mars 1624, prononcé par M. le président Séguier dans l'espèce d'une femme qui avait prêté à sa voisine un collier de perles de la valeur de cinq cents écus, et qui, ayant offert de vérifier par la déposition de vingt témoins qu'elle avait fait le prêt, fut autorisée à faire cette preuve.

Danty, qui rappelle ces arrêts, en défendait énergiquement le principe. Le prêt, disait-il en substance, est un contrat essentiellement de bonne foi et de loyauté. Il se traite, non pas comme une affaire juridique, mais comme une de ces relations journalières qui assurent la bonne harmonie entre amis et voisins. Jamais un prêteur n'a songé à demander à son emprunteur un écrit en reconnaissance du prêt ; une pareille défiance constituerait une véritable offense faite à ce dernier. On peut donc dire que le prêteur a été dans l'impossibilité *morale* de se procurer une preuve littérale, et par suite que l'esprit de la loi ne peut être de lui refuser la preuve testimoniale, dans le cas où la mauvaise foi de l'emprunteur le forcerait de recourir à ce moyen.—Tel était aussi l'avis de Despeisses.

Sous l'empire du Code Napoléon, ces mêmes idées se sont fait jour, et on les trouve reproduites dans un arrêt déjà ancien de la Cour de Colmar, le seul, d'ailleurs, qui ait statué sur la question. En voici l'espèce.

Briffault, payeur à Colmar, ayant fait faillite, l'agent judiciaire du Trésor fit saisir ses meubles. Aussitôt après la sai

sie, Sitter se présenta et réclama deux pièces d'eau-de-vie qui se trouvrient dans la cave de Briffault; il demanda à être admis à la preuve de faits tendant à établir que les deux pièces d'eau-de-vie lui appartenaient et que Briffault lui avait prêté l'usage de la cave dans laquelle elles se trouvaient. Ce dernier intervenait et déclarait qu'en effet les deux pièces étaient la propriété de Sitter. En cet état, le Tribunal de Colmar autorisa la preuve, et puis par un jugement ultérieur il ordonna la distraction des deux pièces réclamées. — Appel des deux jugements par l'agent judiciaire du Trésor: il soutenait qu'il s'agissait, dans l'espèce, d'un dépôt volontaire qui ne peut être prouvé que par écrit, et dont, par conséquent, le tribunal n'aurait pas dû autoriser la preuve par témoins. Mais l'appel fut rejeté par la Cour de Colmar, qui, après avoir rappelé les faits, pour écarter l'idée de *dépôt volontaire*, ajoutait, entre autres motifs, " qu'on ne saurait voir, au cas particulier, qu'un *prêt à usage* ou *commodat*. Briffault a prêté sa cave gratuitement à l'intimé pour y conserver ses eaux-de-vie, en une année où la vendange avait été si abondante que personne n'a pu, pour ainsi dire, loger tous ces liquides chez soi. Si les eaux-de-vie eussent péri, la perte eût été pour le compte de l'intimé, au lieu que dans le cas d'un dépôt volontaire le dépositaire est responsable de la perte de la chose déposée; — Considérant que les jurisconsultes rangent le prêt à usage parmi les contrats de bienfaisance; que le législateur qui défend la preuve par témoins du dépôt volontaire, sans l'avoir prohibée dans le cas du prêt à usage, *a regardé la facilité de confier quelque chose à un ami, qui nous le demande, comme un fait plutôt que comme une convention;* et c'est d'un fait que les juges *à quo* ont permis à l'intimé de faire la preuve par témoins; c'est-à-dire que les eaux-de-vie lui appartiennent, et que Briffault n'a fait que lui confier sa cave; *cette confiance, dans ce cas et autres semblables, est fréquente dans la société, et fondée sur les premiers sentiments de l'humanité : ce serait la détruire que d'exiger un écrit et si on ôtait la liberté de prouver le fait par des témoins...*"

Mais ces idées sont en opposition manifeste avec le texte de l'art. 1341 du Code Napoléon, de même, du reste, que celles de Danty, dont elles sont la reproduction, étaient en opposition autrefois avec le texte des ordonnances. Aussi est-il à remarquer que l'opinion contraire était posée en thèse, comme un principe certain, comme une règle de droit, et nullement comme un point de controverse. Tel est notamment le procédé de Pothier, qui, après avoir indiqué que le prêt à usage est de la classe des contrats *juris gentium*, en ce qu'il est régi par les seules règles du droit naturel et n'est assujetti à aucune formalité par le droit civil, ajoute: "Si de même que tous les autres contrats, il doit être rédigé par écrit, lorsque la chose qui en fait la matière est d'une valeur qui excède 100 livres, *c'est pour la preuve du contrat que cette forme est requise*, et non pour la substance." La même chose s'induit aujourd'hui, d'une manière non moins certaine, des termes de l'art. 1341 du Code Napoléon. "Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée, dit cet article, de toutes choses excédant la so[illegible] ou valeur de 150 francs..." Il y a là une disposition trop générale, une prescription trop formelle pour que la règle puisse fléchir devant des considérations purement de fait. Quant à l'impossibilité morale qu'on invoque en faveur du prêteur, en supposant qu'elle existe réellement, elle n'a pas été, comme raison juridique, jugée suffisante par les rédacteurs du code pour motiver une exception à la règle générale de l'art. 1341. Et en effet, si cette impossibilité morale se rencontre quelque part, c'est assurément en matière de dépôt. Aucun contrat n'est plus ni même autant que le dépôt un contrat de confiance ; et le déposant, qui demande un service, osera bien moins encore que le prêteur, qui en rend un, réclamer une reconnaissance écrite au dépositaire. Cependant le Code, dans l'art. 1923, exige formellement que le dépôt d'une valeur excédant 150 francs soit constaté par écrit. A plus forte raison la règle générale doit-elle être appliquée au commodat, et faut-il reconnaître que la preuve écrite de la convention doit être produite

pour que soit le prêteur, soit l'emprunteur, en puissent exciper.

31. Toutefois, hâtons-nous de le dire, il ne s'en suit pas que le prêteur qui n'aura pas d'écrit à opposér à l'emprunteur niant le prêt devra nécessairement perdre sa chose. Sans doute, ce résultat est possible, mais il se produira rarement : car le prêteur trouvera presque toujours, en dehors du contrat de prêt, quelque moyen juridique propre à lui faire recouvrer la chose dont il s'est imprudemment dessaisi.

32. Par exemple, la chose prêtée est-elle un immeuble, le prêteur, s'il en est propriétaire, pourra intenter la revendication contre l'emprunteur, ou même contre les tiers qui auraient reçu la chose de ce dernier. S'il n'est que possesseur, il pourra encore intenter les actions possessoires contre eux, pourvu qu'il soit dans les délais (C. de proc., art. 23). Le prêteur ne sera dépourvu de tout recours que dans le cas, presque impossible à supposer, où il n'aurait ni la propriété ni la possession de l'immeuble prêté. Or, sauf ce cas, tout à fait exceptionnel, le prêteur ayant, soit l'action possessoire, soit l'action en revendication, pourra, suivant les principes les plus certains, établir son droit tant par titres que par témoins. C'est par là que M. Troplong a cherché à justifier la décision rendue par la Cour de Colmar, dans l'espèce rapportée au n° 30, à l'occasion d'un commodat qui, en effet, avait eu pour objet partie d'un immeuble. Toutefois la décision ne se défend pas même par ce moyen auquel, d'ailleurs, la Cour de Colmar ne s'est pas arrêtée et ne pouvait pas même s'arrêter. L'espèce y résistait absolument : car le procès s'agitait non point entre le prêteur revendiquant sa chose et l'emprunteur niant le prêt, mais entre ce dernier excipant au contraire du commodat et un tiers saisissant contre lequel l'emprunteur voulait établir, par la preuve du prêt, la légitimité de sa demande en distraction. Et c'est sans doute parce que la Cour de Colmar ne pouvait, dans l'espèce, se rattacher ni à l'action possessoire, ni à la revendication pour ouvrir la voie à la preuve testimoniale qu'il était dans son

dessein d'autoriser, qu'elle a cherché la raison de décider dans ces considérations de fait qui, ainsi que nous l'avons vu, ne tiennent pas plus, aujourd'hui, devant l'art. 1341 du Code Napoléon, qu'elles ne tenaient, autrefois, devant les anciennes ordonnances.—Quoi qu'il en soit, le moyen en lui-même reste comme la sauvegarde du prêteur d'immeubles toutes les fois qu'il sera dans le cas de l'employer.

33. La chose prêtée est-elle un meuble, le prêteur, s'il n'a pas la preuve écrite de la convention, est beaucoup plus menacé. La simple possession ne serait pas un titre suffisant pour qu'il pût vaincre la résistance de l'emprunteur, et recouvrer contre ce dernier niant le prêt la chose qu'il lui aurait prêtée ; car l'action possessoire, au moins en général, est inapplicable aux meubles. C'est donc dans le cas où il serait propriétaire qu'il pourrait espérer de recouvrer le meuble prêté : il aurait alors cette ressource de la revendication que le prêteur n'aurait pas contre un tiers de bonne foi (*suprà*, nº 24), mais qui ne saurait lui être refusée contre l'emprunteur lui-même détenant la chose et refusant de la rendre.

34. Toutefois la solution est contestée. Quand il s'agit de meubles, dit notamment M. Troplong, il suffit d'être possesseur pour devenir en même temps propriétaire au moyen d'une prescription instantanée (art. 2279). Est-ce que l'emprunteur ne pourra pas alléguer cette prescription, soutenir qu'elle s'est accomplie en sa faveur, et repousser ainsi la revendication faite par le prêteur, en prétendant que c'est lui maintenant qui est propriétaire ? A la vérité, l'une des conditions de la prescription ainsi invoquée, c'est la bonne foi du possesseur. Mais la bonne foi se présume toujours jusqu'à preuve contraire ; le prêteur ne pourrait donc faire tomber la présomption qu'en prouvant que l'emprunteur est de mauvaise foi. Or, la preuve de la mauvaise foi est impossible dans l'espèce, car elle exige comme préliminaire indispensable la preuve du fait, c'est-à-dire une preuve interdite au prêteur, quand le prêt étant d'une valeur supérieure à 150 francs, la

convention n'a pas été constatée par écrit. En sorte que le prêteur devra succomber devant l'exception que lui oppose l'emprunteur.

Qu'il nous soit permis de le dire : le raisonnement est défectueux au moins dans sa dernière partie. Comment donc la preuve de la mauvaise foi exigerait-elle préalablement la preuve du prêt à usage ? Sans doute, prouver le prêt, ce serait bien prouver la mauvaise foi de l'emprunteur qui oppose l'exception ; mais ce n'est pas assurément la seule manière de la prouver. Il s'agit ici, en définitive, d'une demande en revendication. Eh bien, si le demandeur prouve d'abord que la chose revendiquée lui appartient ; s'il prouve ensuite que cette chose est tombée fortuitement aux mains et en la possession du défendeur ; s'il prouve, enfin, que ce dernier sait bien que la chose ne lui appartient pas, il aura établi des faits qui ne présupposent en aucune manière l'existence du prêt, et en même temps il aura, certes, prouvé la mauvaise foi du défendeur, celui-là ne pouvant être de bonne foi qui détient indûment la chose qu'il sait n'être pas sienne. Sans doute, le demandeur n'arrivera pas aisément à faire sa preuve ; mais quelque difficulté qu'il y doive rencontrer, cela ne saurait, en principe, créer un obstacle au droit qu'il a de le tenter ; et s'il réussit, il devra triompher par ce moyen de la revendication que la loi, encore une fois, n'a pu avoir la pensée de lui refuser.

35. Ajoutons que, toujours en l'absence de la preuve écrite du prêt, la preuve de la propriété chez le prêteur et de la mauvaise foi chez l'emprunteur suffirait pour faire condamner ce dernier à des dommages-intérêts s'il avait détruit ou détérioré la chose, ou s'il l'avait vendue à un tiers de bonne foi, contre lequel, ainsi que nous l'avons établi plus haut (n° 24), la revendication ne serait pas possible.

36. Ici se terminent nos observations sur les art. 1876 et 1877 ; il faut maintenant rechercher quelles choses peuvent être l'objet d'un commodat.

---

* *Troplong, Du Prêt, sur art.* 1875-6-7 *C. N.* } 12. La définition du prêt à usage, prêt de courtoisie, ou commodat, est renfermée dans les articles 1875, 1876, 1877. C'est pourquoi nous avons groupé ces trois textes, qui s'éclairent les uns les autres, et sont inséparables dans le commentaire.

13. Et d'abord, l'art. 1875 définit le prêt à usage un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi (1). Le mot commodat vient du latin *commodatum*,

(1) " Commodati, dit Conan, ea est propria significatio *in ea re* cujus " usum, certo aliquo tempore et modo, concedimus ea lege ut nobis " restituatur." (N° 1, *De commod.*)

Voet donne cette autre définition : " Est contractus bonæ fidei, *re* " *constans*, quo res alteri, *gratis*, ad certum tempus et modum *utenda* " *traditur*, ea lege, ut finito tempore vel usu, restituatur *in specie.*" (*Commodat.*, n° 1.)

Voy. aussi la définition de Cujas dans ses Paratitl. sur le Code.

Add. Voici la définition de Duvergier, n° 28 : " Le commodat, dit-il, est donc un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à rendre à l'autre des choses que celle-ci lui livre gratuitement, pour en faire, personnellement, un usage qui les laisse subsister.

" Il me semble que là se trouvent réunies toutes les notions propres à donner une idée exacte et complète du prêt à usage.

" D'abord l'obligation de rendre la chose prêtée est placée sur le premier plan ; cela doit être, puisqu'elle est l'effet direct et principal, la conséquence nécessaire du contrat.

" La délivrance n'est point présentée comme un devoir pour le prêteur ; elle est indiquée comme un fait accompli.

" Le caractère gratuit du contrat est signalé.

" En disant que c'est pour en faire usage que l'emprunteur reçoit la chose prêtée, on indique suffisamment que la propriété reste au prêteur.

" En ajoutant enfin que l'usage doit être personnel, et tel qu'il laisse subsister la chose objet de la convention, non-seulement on désigne l'espèce de jouissance qui est attribuée à l'emprunteur, mais on montre, de la manière à la fois la plus simple et la plus claire, que c'est d'après l'effet de l'usage convenu entre les parties, qu'il faut décider s'il y a commodat ou prêt de consommation. On prévient ainsi les erreurs auxquelles conduiraient souvent les inductions tirées de la qualité des choses prêtées, et de l'emploi qu'on en fait ordinairement."

qui lui-même a pour origine le mot *commodum*, qui signifie avantage (1). D'autres disent que le mot commodat a pour étymologie *cum modo*, parce que la chose est livrée à l'emprunteur pour qu'il en jouisse d'une certaine manière (Wissembach, *Paratitl.*, sur le Dig., *commodat.*, n° 1).

14. Mais revenons à la définition du prêt à usage ; il s'ensuit que, pour qu'il y ait prêt à usage, il faut qu'il y ait une chose livrée. La simple promesse de livrer la chose ne serait pas un contrat de prêt à usage ; ce serait un autre contrat. Le prêt à usage n'existe que lorsque la chose a été livrée en vertu d'une convention réunissant les conditions énumérées dans les art. 1875, 1876, 1877. C'est ce qui a fait dire à Noodt : " *Non consensu perfici commodatum, sed traditione ex* " *consensu facta, usus causa* (ad lib. XIII, tit. VI, *Commodat*) (2)."

Au surplus, je renvoie à ce que j'ai dit ci-dessus de ce point de droit (n° 6).

14 2° (3).

(1) Hilliger sur Doneau, lib. XIV, *Comm.*, t. II, note 1, d'après Duaren

(2) Add. Op. conf. de Duranton, n° 486.

Duvergier ajoute, n° 22 : " Maintenant, et pour achever de caractériser la position de l'emprunteur, j'ajoute que s'il n'avait qu'une simple détention, sans droit de se servir de la chose à lui remise ; que si le droit d'user ne lui était pas concédé gratuitement ; qu'enfin, si ce droit ne lui était pas donné dans son intérêt personnel, il n'y aurait pas un véritable prêt.

" Ainsi, une chose est remise à quelqu'un pour la voir, l'examiner, l'essayer ou l'estimer ; certainement elle ne lui est pas prêtée, parce qu'il ne l'a pas reçue pour s'en servir et en retirer l'utilité que peut procurer son usage."

(3) Add. *Comment peut s'opérer la remise de la chose à l'emprunteur ?* —Duranton répond, n° 488 : " Du reste, il n'est pas nécessaire que la tradition de la chose soit réelle ; il suffit, lorsque l'objet qu'on veut prêter est déjà dans la main de l'emprunteur à quelque autre titre, par exemple à titre de dépôt, que le maître consente à ce qu'il s'en serve à titre de commodat.

" Il n'est pas nécessaire non plus que la chose soit remise à l'emprun-

14 3° (1).

15. Quant à la chose prêtée, nous nous en occuperons dans le commentaire de l'art. 1878.

16. Le but pour lequel la chose est livrée n'est pas de transférer la propriété : le prêteur retient la propriété de sa chose ; il en garde même la possession : " *Rei commodatæ*, dit " Pomponius, *et* POSSESSIONEM *et* PROPRIETATEM *retinemus* (2)." Le propriétaire possède par le commodataire, lequel n'a qu'une simple détention et non une possession caractérisée (3): " *Habet igitur commodatarius*, dit Noodt, NUDAM *detentionem*, " *non possessionem* (4)."

teur lui-même pour qu'il ait commodat ; il suffit qu'elle le soit à quelqu'un désigné par lui, par exemple à son associé.

" Enfin, il n'est pas nécessaire que ce soit le prêteur lui-même qui la remette à l'emprunteur ; il suffit que ce soit un tiers qui la remette de son ordre ; par exemple, si mon cheval est chez Paul pour une cause quelconque, en donnant ordre à Paul de vous le remettre, et Paul vous le remettant en effet, il y a contrat de prêt à usage parfait entre nous."

(1) Add. *Il faut que la chose livrée soit destinée a l'utilité personnelle de l'emprunteur.*—C'est ce que fait remarquer Duvergier, n° 23, où il dit : " Je charge une personne de faire pour moi un voyage, et, dans ce but, je lui laisse prendre mon cheval ou ma voiture ; un maître confie à ses domestiques les ustensiles nécessaires pour exécuter les travaux qu'il leur impose ; ces combinaisons n'ont pas les caractères du prêt, parce que ceux à qui les choses sont remises ne s'en servent pas dans leur intérêt personnel.

" Sans doute, dans ces diverses hypothèses, il y a obligation de rendre les choses *in individuo ;* sans doute, les détenteurs sont soumis à une responsabilité à peu près semblable à celle qui pèse sur l'emprunteur ; mais ces analogies ne suffisent pas pour faire de ces conventions un véritable prêt à usage, en l'absence du trait distinctif, de l'élément essentiel que j'ai indiqué."

(2) L. 8, Dig., *comm. Junge* la loi 9, même titre, qui est d'Ulpien.

Add. Op. conf. de Duranton, n° 489.

(3) Art. 2229 du code civil et mon comm. sur cet article, nos 366 et suiv.

(4) Sur le titre du *Commodat.*

Add. Op. conf. de Rolland de Villargues, v° *Prêt ;* de Deleurie.

" Ajoutons, dit Demante, n° 605, que le prêteur ne confère même pas à

Il suit de là que si le commodataire vend la chose prêtée, il vend la chose d'autrui et commet un abus de confiance. Nous examinerons, dans le commentaire de l'art. 1880, quelles sont les actions civiles et criminelles qui peuvent résulter de cet abus.

17. Le droit que le commodat confère à l'emprunteur se nomme usage (1). Mais cet usage n'est pas identique à la servitude d'usage qui constitue un droit réel (2), contient un démembrement de la chose, et est susceptible de possession (3). L'usage dont il est ici question n'engendre qu'un simple rapport personnel : il ne transfère aucun droit réel dans la chose (4). Ne serait-il pas exorbitant et inique que le commodat, simple office d'ami, démembrât la propriété du bienfaiteur ? L'emprunteur n'a donc qu'un droit personnel contre le prêteur, droit qui prend naissance dans l'obligation tacitement contractée par ce dernier de laisser l'emprunteur se servir de la chose pendant la durée du prêt, pour l'usage convenu.

18. L'usage de la chose prêtée n'est pas défini *à priori* dans des limites aussi précises que l'usage de l'usager. Ce dernier, d'après la loi, a droit d'employer la chose à ses besoins et jusqu'à concurrence de ce qui lui est nécessaire pour les satisfaire. L'usage du commodataire est plus indéterminé (5), son étendue dépend de la convention, de la destination naturelle de la chose prêtée, du but que les parties se sont proposé, d'une certaine mesure donnée par la discrétion et la délicatesse, qui veulent qu'un bienfait passager comme le prêt

l'emprunteur le droit réel d'usage : il est seulement obligé à le laisser user."

(1) Art. 1875, 1880, 1881, 1884.

(2) Proudhon, t. V, nº 2743.

(3) Mon *Comm. de la Prescription*, t. I, nº 364. Proudhon, t. V, nº 2748.

(4) Pothier, nº 20; Proudhon, *Usufruit*, t. I, nº 68; mon *Comm. du Louage*, nº 19, *in fine*.

(5) Pothier, Pand., *Commod.*, nº 4.

ne dégénère pas en abus, et qu'on n'exige pas de la chose prêtée des services aussi larges que ceux que l'usager, dont le droit affecte la chose, retire de celle-ci (1).

19. Quoi qu'il en soit de ces limites, il y a un point certain : c'est que l'usage du commodataire s'alimente soit des services qu'il retire de la chose prêtée, soit des fruits qu'il est autorisé à percevoir. Dans certains cas, l'usage est renfermé dans les services de la chose ; dans d'autres cas, il s'étend et aux services et aux fruits. Ainsi, quand je vous prête ma jument, qui est pleine, pour que vous l'employiez à faire des transports, vous n'acquérez par là aucun droit de vous servir du jeune animal qu'elle mettra bas. Mais si je vous prête une de mes vaches laitières afin que vous en usiez pendant que les vôtres ont vêlé, vous profitez de son lait. C'est là un fruit qui vous appartient.

20. Et puisque la chose est livrée à l'emprunteur pour qu'il s'en serve, il suit qu'il y a une grande différence entre le commodat et le dépôt et le gage. Dans le dépôt, on livre la chose non pour s'en servir, mais pour la garder ; dans le gage, on la livre pour la posséder à titre de garantie. Mais le propre du prêt est de l'employer à l'usage de l'emprunteur (2).

(1) Add. Duranton ajoute, n° 490 : " Il n'importe pour quel usage la chose est prêtée, pourvu qu'il ne soit contraire ni aux lois, ni aux bonnes mœurs. Je puis très-bien vous prêter une chose, par exemple, mon diamant, pour que vous le donniez en gage à tel de vos créanciers qui menace de vous poursuivre, et je ne pourrai le réclamer qu'à l'époque convenue entre nous ; s'il n'y a pas de convention à ce sujet, je pourrai vous le redemander à l'échéance de votre dette, je suis censé vous l'avoir prêté jusqu'à cette époque.

" Si, à votre prière, j'avais moi-même remis le diamant à votre créancier, pour lui tenir lieu de gage de votre dette, ce serait plutôt un contrat de mandat qu'un contrat de prêt à usage."

(2) *Infrà*, n[os] 29 et 90 ; Cujas, XI, observat. 37 : " In deposito et " pignore, res *utendæ* non dantur ; sed deposito custodiendæ, pignore " possidendæ. Commodatæ, dantur utendæ ad tempus, precario quamdiu " placuerit danti." Voy. *infrà, Dépôt*, n° 27.

21. Ces services abandonnés à l'emprunteur, ces fruits dont il est appelé à profiter, sont pour lui une libéralité. C'est pour cela que le prêt est un contrat de bienfaisance. Mais il ne résulte pas de là que la convention dégénère en donation. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il y a un mélange de libéralité; libéralité assez restreinte toutefois pour qu'on ne sorte pas des termes d'un contrat qui tranche avec la donation proprement dite (*infrà*, n° 24).

22. J'ai dit que ces avantages renfermés dans le prêt à usage sont une libéralité. En effet, il est de l'essence de cette convention que la chose soit gratuitement livrée à l'emprunteur (art. 1876); car l'intervention d'un prix transformerait l'essence de la convention et la métamorphoserait en une convention différente (1).

Ainsi, si je vous prête mon cheval pendant dix jours à condition que vous me prêterez le vôtre pendant un temps égal, ce n'est pas un prêt qui a lieu entre vous et moi; c'est un contrat sans nom (Ulp., l. 17, § 5, D., *præscrip. verbis*) (2).

Quoique le prêt à usage soit en général une libéralité, il ne répugne cependant pas à son essence que cette libéralité ait pour mobile l'intérêt commun du prêteur et de l'emprunteur (Caius, l. 18, D., *commod*).

Les jurisconsultes romains admettent même que dans certaines circonstances le prêt à usage peut avoir pour objet

(1) Ulpien, l. 5, § 12, D., *comm.* Justinien, Inst., *quib. modis re contrah.*: " Si nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data "est." *Junge* Doneau, lib. XIV, cap. II, n° 5. Cujas, XI, observat. 37. Pothier, n° 3.

(2) Add. Op. conf. de Duranton, n° 491.

Duvergier dit dans le même sens, n° 24: " Le contrat devient un louage, si l'équivalent de l'usage concédé consiste en une somme d'argent; et si d'ailleurs la jouissance accordée se confond avec celle à laquelle a droit un preneur. C'est un contrat sans nom, lorsque le prix stipulé consiste en une chose ou en un fait. Dès que, d'une manière quelconque, la convention cesse d'être gratuite, on ne peut plus la considérer comme un prêt (Pothier, n°s 93 et suiv.) "

le seul intérêt du prêteur (1). Mais comme nous l'avons dit ci-dessus, n° 3, ce n'est pas dans ces cas exceptionnels qu'il faut aller chercher le caractère normal du prêt à usage. En général, il est une libéralité dont le but est de rendre service à autrui, et non pas de faire quelque chose de profitable à soi-même.

23. La condition du prêt est que la chose prêtée sera rendue. L'article 1875 a relevé ce trait essentiel dans sa définition.

En effet, lorsqu'une chose a été livrée pour un certain temps et un certain usage, il y a nécessité de la rendre dès l'instant que ces modalités sont purgées par l'événement (2). On peut même dire que l'apurement de la condition imposée à la chose prêtée fait qu'il n'y a plus de prêt, et que chacun doit rentrer dans son droit.

24. Maintenant que nous avons fait ressortir les traits caractéristiques du prêt à usage, il nous reste à le comparer à quelques contrats avec lesquels il a de l'analogie.

Mettons-le d'abord en regard de la donation. Il convient avec elle parce qu'il est dirigé par un esprit de libéralité et qu'il contient une concession gratuite (3) ; mais il en diffère en ce que dans la donation c'est la chose même qui est donnée au donataire (4), tandis que dans le prêt elle est destinée à être rendue. Le prêt ne renferme qu'un abandon momentané de l'usage de la chose, des services qu'on en peut tirer, des fruits qu'elle peut rendre.

Ainsi le prêt suppose une chose livrée et retenue ; la donation, au contraire, répugne à la rétention. Dans ses principes, tout ce qui est livré est donné. *Donner et retenir ne vaut.*

Je vous livre ma vache laitière pour que vous profitiez de son lait et des fumiers. Si j'eusse voulu vous faire une do-

(1) Ulpien, l. 5, § 10, D., *comm.*

(2) Donéau, *loc. cit.*, n° 7.

(3) *Suprà*, n°s 3 et 21.

(4) Pothier, n° 9.

nation, je vous aurais donné la vache elle-même. Mais puisque j'entends qu'elle me soit rendue, et que ma libéralité s'arrête à l'usage de la chose et aux fruits qu'elle peut produire, je ne vous ai fait qu'un simple prêt.

Ce serait cependant un dcn véritable si, sans vous livrer l'usage de ma vache, je vous permettais de venir la tirer tous les jours le matin ou le soir. Dans ce cas, il n'y aurait pas prêt de la chose productive, mais simplement don de la chose produite.

C'est pourquoi, si, voulant faire don à un ami de quelques beaux fruits produits par un arbre de mon verger, je l'autorise à les faire cueillir, on ne dira pas que je lui prête cet arbre; ma libéralité porte exclusivement sur les fruits; ce sont les fruits seuls que j'entends lui donner et que je lui donne en effet.

25. Le prêt à usage a avec l'usufruit des analogies et des différences. Comme l'usufruit, il donne l'usage et la jouissance de choses qui appartiennent à un autre. Mais, tandis que l'usufruit transfère un droit réel et constitue un démembrement de la propriété, le prêt n'établit qu'un simple rapport personnel, sans affectation sur la chose (1). L'usufruit réduit la propriété à un état de nudité, il en absorbe tous les émoluments avec tant de jalousie, qu'il s'attribue même ce qui excède la somme des besoins, même le superflu qui enrichit. Le prêt, au contraire, glisse rapidement sur la propriété, et n'est destiné qu'à satisfaire, par grâce, quelques besoins momentanés et restreints. L'usufruitier peut quelquefois aliéner les meubles soumis à son usufruit. L'emprunteur ne peut jamais vendre la chose prêtée. L'usufruitier est obligé à toutes les réparations d'entretion. L'emprunteur n'est tenu que des impenses ordinaires qui sont une charge naturelle du service qu'il tire de la chose.

Enfin, en ce qui touche la restitution de cette chose, le

(1) Proudhon, *Usufruit*, t. I, nº 68.
Add. Op conf. de Duvergier, nº 17.

prêteur a droit de la réclamer aussitôt que l'emprunteur en a tiré le service qui faisait l'objet du prêt. Au contraire, l'usufruit dure jusqu'à la mort de l'usufruitier, à moins qu'un terme particulier n'ait été expressément fixé à sa jouissance.

26. Le prêt à usage n'est pas moins distinct du droit d'usage conféré sur une chose. Ce dernier attribue à quelqu'un la faculté de se servir de la chose d'autrui (1), et, à cet égard, il convient avec le prêt; mais il s'en sépare en ce qu'il confère un démembrement de la chose, et que la jouissance qui en découle a un caractère de réalité (2).

Quant à l'étendue de l'usage même de la chose, il n'y a pas non plus parité parfaite entre ces deux droits. Il est vrai que le droit d'usage, qui autorise l'usager à prendre les fruits de la chose jusqu'à concurrence de ses besoins, a un point de contact avec le prêt, lequel donne aussi à l'emprunteur le droit de se servir de la chose dans ses besoins. Je rappellerai à ce propos que la rédaction primitive de l'art. 1875 disait que la chose était prêtée à l'emprunteur *pour s'en servir dans ses besoins*. Le tribunat fit effacer ces derniers mots comme inutiles.

Néanmoins, l'emprunteur ne doit pas estimer ses besoins d'une manière aussi large que l'usager. Il doit y mettre plus de réserve et de retenue. C'est un service d'ami qui lui est rendu. La délicatesse lui commande de ne pas aller jusqu'à l'indiscrétion.

D'ailleurs il arrive presque toujours que le prêteur marque les bornes de son bienfait en indiquant les limites dans lesquelles l'usage doit se renfermer (3).

(1) Proudhon, *Droit d'usufruit*, t. V, n° 2739.

(2) Idem, n° 2743. *Suprà*, n° 17.

Add. Op. conf. de Duvergier, n° 17.

(3) Gregorius, *Syntagm. juris*, lib. XXIII, c. I, n° 6 : "Certus usus est ille, qui destinatur ab eo qui commodat; sicut enim voluntatis et officii magis est commodare quam necessitatis, sic etiam modum commodato adscribere." *Suprà*, n° 18.

Add. Duvergier dit, n°s 15, 16 et 17: " Il y a donc une grande analogie

27. On peut également mettre le louage en parallèle avec le prêt à usage. Car le louage est un de ces contrats qui,

entre les droits de l'emprunteur et ceux de l'usager; puisque les uns comme les autres ne sont pas transmissibles aux tiers, et qu'ils ont également pour mesure les besoins personnels de ceux à qui ils appartiennent.

" Dans la pratique, on pourra même les confondre. Cependant ils ne sont pas absolument de même nature ; et un examen attentif découvre entre eux d'assez notables différences.

" L'utilité que les choses sont susceptibles de nous procurer consiste dans les *services* qu'elles peuvent rendre et dans les *fruits* qu'elles produisent. Rigoureusement, l'usage proprement dit, *nudus usus*, ne donne droit qu'aux premiers. Cela est bien clairement indiqué par les lois 1 et 14, ff. *de usu et habitatione*. L'une appelle l'usage, *usus sine fructu ;* l'autre, plus explicite, fait remarquer que l'usufruit ne peut exister sans l'usage, mais que l'usage peut exister sans perception des fruits : *Fructus sine usu esse non potest, usus sine fructu potest.* Il est vrai que la rigueur de cette distinction n'a pas été maintenue. Par une extension très-naturelle, l'usager a été admis à prendre, d'abord dans quelques circonstances favorables, puis d'une manière générale, la quantité de fruits nécessaire à ses besoins et à ceux de sa famille. L'on a même fini par considérer cette perception comme étant une conséquence nécessaire de son droit.

" Ainsi, des choses qui n'offrent d'autre utilité que les fruits qu'elles produisent, dont il n'est pas possible de tirer des *services* dans la véritable acception du mot, sur lesquelles il semblerait par conséquent qu'un usage ne peut être établi, y sont cependant soumises, et le prétendu usager devient alors véritablement un usufruitier partiaire (voy. *Thémis*, tome I, page 258).

" Le droit de l'emprunteur qui devrait aussi, en principe, se borner à la jouissance des services auxquels sont destinées les choses prêtées, s'est également étendu à la perception des fruits. Mon ami, à qui je prête ma maison de campagne pour y passer les vacances, pourra y loger lui et les siens, et y cueillir des fruits pour la consommation de son ménage. Seulement il devra, sous ce rapport, montrer plus de réserve que l'usager ; mais il faut convenir que, pour se diriger en pareille occasion, on consultera plus utilement les règles du savoir-vivre que les principes du droit. Il y a de ces nuances que les gens bien élevés saisissent, et qui échappent aux formules des légistes.

" Si la chose prêtée n'est propre à aucun *service*, s'il n'y a d'autre

comme le prêt, donnent à l'une des parties l'usage de la chose dont l'autre retient la propriété. Mais le louage est un contrat intéressé de part et d'autre, tandis que le prêt à usage est essentiellement gratuit. Le louage ne peut subsister qu'à la

moyen d'en jouir que de percevoir les fruits qu'elle produit, l'emprunteur pourra-t-il, comme l'usager, prendre ceux qui sont nécessaires à ses besoins? Il est inutile, je crois, d'examiner cette question; car on ne conçoit pas comment des parties qualifieraient de prêt la convention par laquelle l'une accorderait à l'autre, pour un temps déterminé, l'usage d'une chose dont on ne pourrait jouir qu'en percevant des fruits, et qu'il serait impossible d'employer à aucun service.

" Il n'est pas même à craindre que, par ignorance, des contractants fassent un mauvais usage du mot *prêt*, et qu'ils l'appliquent à une stipulation à laquelle il ne convient pas. Le vulgaire en sait autant, à cet égard, que les jurisconsultes. Il est si bien dans nos mœurs et dans nos habitudes de prêter seulement des choses dont on se *sert*, qu'il n'est pas vraisemblable que jamais quelqu'un songe à dire qu'il prête une chose qui ne peut rendre aucun service.

" En tout cas, il est de principe que c'est par la nature des engagements que contiennent les actes, et non par la dénomination qu'ils reçoivent des parties, que leur véritable caractère est déterminé. En conséquence, le contrat par lequel aurait été livrée une chose produisant des fruits et impropre à un service quelconque, serait en vain qualifié de prêt. On n'y verrait, à moins de circonstances bien extraordinaires, que la concession gratuite d'un droit d'usage ou d'un usufruit.

" Les auteurs n'ont pas examiné en thèse la question que je me suis posée; mais les exemples qu'ils choisissent confirment ma solution.

" On peut prêter à usage, dit Domat (sect. Ire, no 5), non-seulement les " choses mobilières, mais aussi des immeubles, comme une maison pour " y habiter."

" Voici comment s'exprime Pothier (*du Prêt à usage,* no 14): Ce sont " plus communément les meubles qui font l'objet du prêt à usage. On " prête tous les jours un carrosse, un cheval, un livre, une tapisserie, et " autres choses semblables. Néanmoins les immeubles en peuvent aussi " être l'objet: tous les jours un ami prête à son ami sa cave, son grenier, " un appartement dans sa maison."

" Ce sont, on le voit, toutes choses dont on peut se servir et qui ne produisent pas de fruits.

" En continuant à comparer le prêt, le bail, l'usufruit et l'usage, seulement sous le rapport des avantages qu'ils procurent et de l'étendue de

condition d'un prix; le prêt à usage perdrait son caractère propre s'il en avait un (1). De cette différence dans l'essence des deux contrats découlent de très-graves différences dans les obligations qu'ils engendrent. Ainsi, par exemple, l'emprunteur qui reçoit un bienfait ne saurait être aussi exigeant que le locataire qui paye sa jouissance. C'est pourquoi le locataire a droit de demander au locateur de le faire jouir, c'est-à-dire de le garantir de tout trouble et éviction. L'emprunteur, à l'inverse, n'a d'autre garantie à réclamer du prêteur que celle qui se base sur des faits personnels de ce dernier (2).

J'ajoute que le bail milite contre les tiers acquéreurs de la chose aliénée, pourvu qu'il ait une date certaine. C'est une sûreté que la loi devait au preneur qui a acheté son droit. Mais le prêt à usage ne suit pas la chose dans la main des tiers détenteurs. Un service rendu dans un pur esprit de libéralité ne devait pas être une source d'entraves pour la transmission de la propriété.

28. Le contrat avec lequel le prêt à usage a le plus de similitude, c'est le précaire. Nous ne voulons pas parler ici de cette espèce de précaire traitée par le droit canonique et qui transfère même irrévocablement la possession d'une chose

la jouissance dont ils sont la source, on aperçoit d'autres différences importantes. Ainsi, l'usager est tenu de supporter des charges qui ne sont point imposées à l'emprunteur. Mais si l'on examine la nature même des droits conférés à l'usufruitier, à l'usager, au preneur et à l'emprunteur, on reconnait qu'ils ont chacun des caractères particuliers, parfaitement distincts."

D'après Duranton, nº 492, la pricipale différence, après celle qui résulte de la *réalité* de l'usage, consisterait en ce que l'usage prend fin par la mort de celui qui a le droit d'usage, tandis que le commodat ne cesse pas par la mort de l'emprunteur, à moins que le prêt n'ait été fait qu'en considération de sa personne seulement.

(1) Ulpien, l. 5, §§ 11 et 12, D., *commod.*, d'après Labéon; Pothier, nº 11.

(2) Pothier, nº 79.

dans laquelle le propriétaire conserve un droit supérieur (1). Nous n'envisageons le précaire que dans le sens restreint du droit romain (2), et comme un prêt révocable à la volonté du prêteur : " *Precarium est quod precibus petenti utendum con-* " *ceditur tamdiu quamdiu is qui concessit patitur* (3)."

Les rapports du précaire et du prêt à usage sont sensibles ; et l'on peut dire que, dans notre droit français, le premier est une variété du second (4) ; il en diffère seulement en ce que, dans le prêt à usage, le prêteur ne peut redemander sa chose qu'après l'expiration du temps convenu, ou présumé nécessaire pour que l'emprunteur use de cette chose, tandis que, dans le précaire, le prêteur peut reprendre sa chose à sa volonté (5).

(1) Mon *Comm. de la Prescription*, t. I, n° 365. Dunod, p. 34.

(2) Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. V, introduction ; Pothier, n° 86 ; Cujas, IV, observat. 7 ; Doneau, XIV, *Comm.* c. XXXIV.

(3) L. 1, D., *de precario.*

Add. Duvergier, n° 119, entrant, à l'occasion du précaire, dans plus de détails, cite le passage suivant de Domat : " Cette distinction entre le prêt à usage et le précaire est peu de notre usage, et nous ne nous servons presque point de ce mot de *précaire* que pour les immeubles, comme dans une vente ou autre aliénation, lorsque celui qui aliène un fonds reconnaît que, s'il demeure encore en possession, ce ne sera que précairement. Ce qu'on exprime ainsi, pour marquer qu'il ne possédera plus ce fonds que par la tolérance de l'acheteur, comme possède celui qui a emprunté."

(4) Même en droit romain, Ulpien disait que le précaire était fort semblable au commodat. L. 1, Dig., *de precario. Junge* Donell, XIV, *comm.*, c. II, n° 6, et c. XXXIV, n° 5.

(5) Add. Duvergier dit ici, n°s 121, 122 : " Mais dans la vérité le trait distinctif entre le commodat et le précaire ne consiste pas en ce que le second est le résultat des sollicitations de l'emprunteur, tandis que le premier est l'effet de la volonté spontanée du prêteur. Certainement un commodat ne changerait point de nature et ne dégénérerait pas en précaire, par cela seul qu'il aurait été accordé aux instances du commodataire ; et réciproquement, un précaire ne deviendrait pas un commodat, par cette seule raison qu'il serait né de la préposition bienveillante du

[ARTICLE 1763.]

Dans le droit romain, le précaire se séparait du commodat par des différences plus tranchées. Le commodat était un

prêteur. Voici ce qui établit entre ces deux contrats une différence essentielle. Dans l'un, le temps pour lequel il est fait est déterminé, et le prêteur ne peut exiger la restitution qu'à l'époque fixée ; dans l'autre, au contraire, le prêteur se réserve le droit de faire cesser l'usage qu'il accorde quand bon lui semble, et l'emprunteur doit rendre ce qui lui a été prêté, à la première réquisition.

" Pothier et Domat s'expriment sur ce point en termes à peu près identiques. Le second, avec sa concision accoutumée, dit que " le pré-" caire est la même espèce de convention que le prêt à usage, avec cette " différence qu'on y met dans le droit romain, qu'au lieu que le prêt à " usage est pour un temps proportionné au besoin de celui qui emprunte, " ou même pour un certain temps réglé par la convention ; le précaire " est indéfini et ne dure qu'autant qu'il plaît à celui qui prête."

" Cette différence est le germe de toutes celles qu'on observe entre les deux conventions et que je vais indiquer.

" On a vu précédemment que la qualification de contrat *réel* n'a pas, dans notre droit, le sens qu'elle avait en droit romain ; que chez nous, la promesse de prêter est obligatoire, et que le prêteur peut être contraint en justice à l'exécuter. Cette règle ne s'applique point au précaire. Sans doute les théories qu'admettait la législation romaine n'ont pas ici plus d'autorité qu'elles n'en ont eu d'autres matières, et le consentement seul oblige. Mais l'obligation n'a que l'étendue qu'a voulu lui donner celui qui a consenti. Or, si j'ai promis de prêter une chose, en me réservant le droit de la reprendre dès que je le voudrai, il est évident que je peux, à plus forte raison, me refuser à la livrer, si je le juge convenable. La faculté d'exiger la restitution à mon gré, à tel moment qu'il me plaira, emporte nécessairement le droit de ne pas faire une délivrance, que je peux si facilement rendre inutile.

" Remarquons, toutefois, comme l'attestent les anciens jurisconsultes et comme chacun doit en être convaincu par sa propre expérience, que le précaire est un contrat qui a lieu bien rarement ; il faudra donc, pour que celui qui aura promis de prêter se dégage ainsi de sa promesse par le seul changement de sa volonté, qu'une clause expresse et claire imprime évidemment à la convention le caractère d'un *précaire*. Dans le doute on devrait y voir un commodat, et lui en attribuer tous les effets."

On lit dans les annotateurs de Zachariæ, § 391 : " Il existe encore, d'après le droit romain, d'autres différences entre le commodat et le précaire, notamment en ce qui concerne la responsabilité de l'emprunteur

contrat nommé ; le précaire ne l'était pas : " *Ex eo nulla est actio civilis*, disait Cujas, *quia civile negotium non est* (1)." Celui qui avait prêté sa chose précairement n'avait pour se la faire rendre que des remèdes prétoriens, tels que celui qu'on appelait *interdictum de precario* (2), ou l'action *præscriptis verbis* (3), dont on sait que le fondement était dans l'équité et la juridiction du prêteur.

Notre jurisprudence française a ramené les conventions à des principes simples, qui excluent ces distinctions entre le droit civil et le droit prétorien. Le précaire est donc, chez nous, un contrat au même titre que le commodat ; seulement, il est peu usité, et le code civil a cru devoir passer sous silence un accident si rare dans les rapports civils, une cause si insolite de débats devant les tribunaux.

29. Nous ne nous arrêterons pas à montrer les caractères qui séparent le commodat du dépôt et du gage. On peut s'en référer à ce qui a été dit ci-dessus, n° 20, et aux détails dans lesquels nous entrons aux n°s 90 et suivants, sur une jurisprudence qui a essayé de confondre le prêt à usage et le dépôt (4).

et les caractères de la possession (voy. Mackeldey, *Lehrbuch des Ræmischen Rechts*, § 438 ; Savigny, *Recht des Besitzes*, §§ 25 et 42). Mais les principes particuliers du droit romain sur le précaire n'ont jamais été reçus en droit français (Pothier, n° 89).

Quant aux obligations de celui qui reçoit à titre de précaire, à sa responsabilité, à la fin de cette convention, nous y reviendrons en traitant des mêmes obligations pour le commodataire proprement dit.

Dalloz, *du Prêt*, sect. 1, n° 5, dit ici : " Le code ne fait plus cette distinction et embrasse évidemment le contrat de précaire dans ses dispositions sur le prêt à usage, qui peut être fait avec ou sans fixation de terme."

(1) IV, observ. 7. *Junge* Doneau, XIV, c. XI, n° 6, et c. XXXIV.

(2) Paul, l. 14, D., *de precario*.

(3) L. 2, § 2, et l. 19, § 2, D., *de precario ;* Cujas, *loc. cit. ;* Doneau, XIV, c. XI, n° 6, et c. XXXIV ; Pothier, n° 88.

(4) *Junge* mon *Comm. du Dépôt*, n° 27, *infrà*.

30. Il sera plus utile d'insister quelques instants sur les rapports du commodat avec certaines conventions dans lesquelles l'une des parties livre une chose à l'autre pour l'examiner, l'essayer, ou pour en faire l'estimation. Ces conventions renferment des éléments qui les rapprochent singulièrement du commodat (1). Elles ne sont cependant pas le commodat proprement dit. " *Si quis pretii explorandi causa* " *rem tradat*, dit Papinien, *neque depositum*, *neque commo-* " *datum erit* (2)." Ce n'est pas un prêt, en effet; car la chose n'a pas été livrée au preneur pour qu'il s'en serve selon ses besoins, mais pour qu'il l'examine, l'essaye ou l'estime (3). Le contrat a donc une autre fin que le prêt (4): on ne doit pas le confondre avec lui (5).

---

6 *Boileux*, *sur art.* 1875 *C. N.* } Quatre conditions sont de l'essence du prêt à usage; il faut:

1° *Qu'une chose soit livrée :* le contrat de prêt ne se forme que par la tradition; c'est là ce qui lui a fait donner im-

(1) Ulpien, l. 10, § 1, D., *commod.*

(2) L. 1, § 1, D., *de præscript. verbis.*

(3) " *Non est commodatum*, dit Cujas sur cette loi (lib. VIII, *Quæst. Papin.*), *quia non dedi tibi rem utendam sed inspiciendam tantum.*"

(4) Pothier, n° 94.

(5) Add. Op. conf. de Duranton, n° 497; il dit, n° 496 : " Ce n'est point un prêt à usage, la convention par laquelle, lorsque je marchande un cheval, il est dit que je pourrai l'essayer, par exemple, pendant huit jours; c'est simplement un moyen pour conduire à la conclusion d'un marché projeté. Et comme cette convention est aussi bien dans l'intérêt de celui qui veut me vendre le cheval que dans le mien, puisque, sans cela, je ne voudrais pas entrer en marché avec lui, on n'appliquerait point à ce cas les régles touchant les fautes dont est responsable celui à qui l'on prête à usage, règles suivant lesquelles, en général, il est tenu de la faute même très-légère, *de levissima culpa ;* on appliquerait celles qui régissent les contrats formés dans l'intérêt de chacune des parties, règles d'après lesquelles chacun des contractants répond de la faute moyenne, mais non de la faute très-légère."

proprement, par quelques auteurs, le nom de contrat *réel* (*quia re perficitur*) (1) : il est bien évident, que l'emprunteur n'acquiert pas un droit dans la chose (*jus in re*).

Quel est l'effet de la convention de prêter ? Toute convention faite avec intention de s'obliger oblige, lorsqu'elle n'est pas soumise, pour sa perfection, à des formes solennelles ; or, celle dont il s'agit n'est pas au nombre de ces contrats exceptionnels ; donc elle est obligatoire (2).

Si la validité de la promesse de prêter est reconnue, celui qui a reçu cette promesse peut contraindre celui qui l'a faite à l'exécuter ; soit en exigeant des dommages-intérêts ; soit même en obtenant l'autorisation de s'emparer de la chose, *manu militari*, si cela est possible (3). — Toutefois, la résistance de la partie qui a promis de prêter, serait légitime, si elle était fondée sur un besoin pressant et imprévu de la chose : une semblable cause l'autoriserait à réclamer cette chose avant le terme fixé : elle doit, *à fortiori*, justifier son refus de livrer (Duvergier, n. 27). — Le contrat de prêt ne se formera, nous le répétons, qu'au moment où la chose se trouvera entre les mains de l'emprunteur : la promesse de prêter diffère du prêt, comme la promesse de vendre diffère de la vente.

On peut prêter à usage, non-seulement des choses mobilières ; mais encore des immeubles : par ex., une maison d'habitation, une cave, un grenier ; mais communément le prêt à usage a pour objet des meubles (4).

L'étendue de l'usage dépend soit de la convention, soit des

(1) Rolland de Villargues, Rép., Prêt à usage. Toullier, n. 17, t. 6. Duvergier, n. 26. Troplong, n. 5 et 14. Dur. n. 485 et 486.

(2) Toullier, n. 17, 26. Dur. n. 487, t. 17. Duvergier, n. 25. Troplong, n. 26. Championnière et Rigaud, n. 929.

(3) Duvergier, n. 27. Colmar, 8 mai 1845. D., p. 46, 2, 219. Val. 1846, 1161.

(4) Pothier, n. 14, Duvergier, n. 16.

circonstances, c'est-à-dire de la destination de la chose prêtée ou du but que les parties se sont proposé :

" C'est un prêt à usage, dit Pothier (n. 2), non-seulement lorsqu'une chose est prêtée pour l'usage qui lui est propre ; mais encore lorsque je prête la chose pour quelque usage que ce soit : par ex., si je vous prête des meubles pour les donner en gage à votre créancier, c'est un vrai contrat de prêt à usage qui intervient entre nous.—Il en serait autrement, si c'était moi-même qui, à votre prière, les donnasse à votre créancier en nantissement de votre dette : le contrat qui interviendrait entre nous, serait un contrat de mandat."

Il n'est pas essentiel que le prêteur soit propriétaire de la chose ; l'usage de la chose d'autrui peut être valablement prêté par le possesseur, par l'usufruitier, même par le locataire ou par le fermier.—Bien plus, si un voleur prête à quelqu'un la chose qu'il a volée, le contrat produit son effet ; car l'obligation de l'emprunteur ne résulte pas de ce que le prêteur était propriétaire ; elle naît de ce qu'il a reçu la chose à titre de prêt : le prêteur sera tenu de rendre la chose au véritable propriétaire ; il doit avoir une action pour obtenir la restitution de cette chose (1).

Toutefois, en cas de perte ou de vol, il y aurait lieu d'appliquer la disposition de l'art. 1938 (Pothier, n. 40) (2).

Puisque le prêteur a l'action *commodati* contre l'emprunteur, lors même que la chose prêtée a été volée, il faut lui reconnaître ce droit, *à fortiori*, lorsque la chose est seulement incessible et insaisissable entre ses mains : par ex., quand il s'agit d'un droit d'usage ou d'habitation.

Celui qui reçoit à titre de prêt sa propre chose, n'est pas tenu de la restituer : *commodator rei suæ esse non potest.* — Néanmoins, il faut excepter le cas où le prêteur aurait le droit de possession ; par ex., s'il est usufruitier (3).

(1) Pothier, n. 18 et 46, Dur. t. 17, n. 514, Duvergier, n. 33 et 34, Troplong, n. 38.

(2) Duvergier, n. 89, Troplong, n. 106.

(3) Pothier, n. 19, Troplong, n. 41.

[ARTICLE 1763.]

Le commodat est soumis aux règles générales sur la capacité des parties contractantes ; car il produit des obligations : or, il faut se rappeler que le mineur, l'interdit et la femme mariée, peuvent attaquer leurs engagements pour cause d'incapacité ; mais que cette nullité est relative (1125).

Appliquant ce principe au commodat, nous poserons les règles suivantes :

Pour faire un prêt ou un emprunt, il faut avoir la conscience de ses actes : une personne en état de démence ou un enfant encore en bas âge, ne peut donner un consentement susceptible de former le lien de droit qui résulte de ce contrat. (*Voyez* nos observations sur l'art. 1125.) (Pothier, n. 15.)

Le prêt fait à un mineur même non émancipé (*doli capax*), à un interdit dans un intervalle lucide, ou à une femme mariée non autorisée, produit certains effets légaux : le contrat n'est pas nul ; il est seulement annulable : le prêteur ne peut exiger la restitution de la chose prêtée, avant l'époque fixée par la convention.

Le mineur émancipé peut faire des actes d'administration : le prêt reçu par lui dans cette limite, c'est-à-dire, celui qui est justifié par les nécessités de l'administration ; qui ne peut avoir aucune des conséquences fâcheuses contre lesquelles le législateur a pris de sages précautions, doit être maintenu ; au delà il est annulable (1). — L'art. 483, qui interdit au mineur émancipé tout acte d'emprunt, sans une autorisation du conseil de famille dûment homologuée, ne s'applique évidemment qu'au prêt de sommes d'argent :

Ainsi, le mineur émancipé, propriétaire de vignobles, ou de terres labourables, peut valablement emprunter des ustensiles nécessaires pour exécuter des travaux agricoles et même des choses à son usage : mais le contrat serait annulable, s'il avait pour objet un bâtiment qui lui serait évidemment inutile ou un objet de toilette dont le prix ne serait pas en rapport avec sa position de fortune.—En pareille matière,

(1) Duvergier, n. 43 et suiv., Dur. n. 509.

tout est relatif : les tribunaux sont appréciateurs des circonstances (*voyez* p. 509, t. 2, art. 483 et 484).

La femme séparée peut-elle emprunter valablement des choses mobilières ? L'affirmative n'est pas douteuse, quand il s'agit d'un acte de pure administration : mais que faut-il décider lorsque l'emprunt ne peut être considéré comme tel ? cette question se rattache à celle de savoir si les obligations contractées par la femme sont valables, bien qu'elles ne soient pas relatives à l'administration de ses biens (*voy.* art. 1449 quest.) : il n'y a point de raison pour soustraire à l'application de la solution que l'on adoptera sur cette dernière question, les engagements qui peuvent naître d'un emprunt d'objets mobiliers (Duvergier, n° 47).

L'incapable, n'est point responsable, pendant la durée du prêt, de la perte arrivée même par sa faute (1) : sans doute, cette responsabilité est un des effets du contrat ; mais il faut que le contrat soit valable : la personne à l'égard de laquelle il est nul, ne peut donc y être soumise (2). — Toutefois, si l'incapable est devenu plus riche par suite de l'événement qui a causé la perte, il est tenu jusqu'à concurrence de ce dont il a profité, en vertu du principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (3).

Il est bien entendu, que le mineur *doli capax* serait indéfiniment responsable, s'il avait fait périr la chose par fraude ou par malice, lors même que cette perte n'aurait pas tourné à son profit : on sait en effet, qu'il est réputé majeur quant aux délits ou aux quasi-délits qu'il a commis (1310) (4).

Si le mineur *doli capax* est responsable lorsqu'il a commis de tels faits, *à fortiori* cette responsabilité doit-elle peser sur la femme mariée (5).

(1) Dur. n. 507, Duvergier, n. 39, Troplong, n. 52.

(2) Dur. t. 17, n. 507, Duvergier, n. 39, Troplong, n. 52.

(3) Troplong, n. 52.

(4) Dur. n. 508, Duvergier, n. 40, Troplong, n. 53.

(5) Troplong, n 53.

Le prêt fait à un incapable, en cas de nécessité pressante, est généralement considéré comme valable ; car on ne peut reprocher au prêteur de ne pas avoir apprécié la capacité de l'emprunteur. D'ailleurs, il n'y a point de raison pour refuser à ce dernier, la faculté de recevoir gratuitement, des choses qu'il serait dans la nécessité de se procurer à prix d'argent.

Lorsque le prêt à usage, au lieu d'être fait à un mineur en tutelle, a été fait par lui à une personne capable, ce prêt est valable si le mineur a été autorisé de son tuteur. — Dans le cas contraire, il est nul par rapport au mineur : en conséquence la chose prêtée peut être redemandée avant le temps convenu.

Quant à l'emprunteur, il n'est pas moins soumis, jusqu'au moment de la restitution, à toutes les obligations qui naissent du commodat.

S'il a fait des impenses nécessaires, il peut en exiger le remboursement, non en vertu du commodat, puisqu'il n'a pas existé pour l'incapable ; mais en vertu de la règle qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui (1371) (1).

Quel est l'effet du prêt fait par un mineur émancipé quand il s'agit d'une chose qu'il pourrait aliéner ? Duvergier (n. 46) décide que le prêt est nul : la loi, dit-il, ne se borne pas à interdire ces sortes d'actes au mineur émancipé : elle déclare d'une manière générale qu'il ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration (484) : or, le prêt n'est pas un acte d'administration, peu importe la nature et la valeur de la chose prêtée : le mineur émancipé peut vendre 1,000 hecto. de blé qu'il a récoltés, et cependant il ne peut aliéner un arpent de son héritage (2).—Quoi qu'il en soit, nous pensons que le mineur peut valablement prêter la chose qu'il aurait le droit d'aliéner comme administrateur et même celles qui sont à son usage personnel : ce n'est pas là, il est vrai, un acte d'administration ; mais on ne peut raisonnablement in-

(1) *Voy.* dans le même sens Delv., p. 195, n. 2.

(2) *Voy.* dans le même sens Troplong, n. 55.

terdire à un mineur qui peut affermer ses domaines, louer ses maisons, toucher ses revenus et en donner décharge sans l'assistance de son curateur, la faculté de prêter son cheval ou sa montre à son ami (1).

Celui qui a reçu un conseil judiciaire, est placé, à peu de différences près, sur la même ligne que le mineur émancipé (513), quant à la faculté soit de prêter, soit d'emprunter (2).

La femme séparée de biens a des droits plus étendus que le mineur émancipé ; elle peut vendre son mobilier : dès lors, on doit lui reconnaître la capacité de prêter des choses mobilières, quelle que soit leur nature ou leur valeur (1449) (3).

Il en est de même de la femme mariée sous le régime dotal à l'égard d'un objet paraphernal.

A moins de stipulation contraire, les engagements qui résultent du prêt, passent aux héritiers du prêteur et à ceux de l'emprunteur (1879).

En supposant qu'il n'y ait pas eu de commodat originairement valable, si l'emprunteur devenu capable a conservé la chose par devers lui, le contrat se trouve ratifié : en conséquence, le prêteur jouira des mêmes droits que s'il avait traité avec une personne capable (4) (Toullier, t. 7, n. 581 ; Duvergier, n. 42).

2° *Qu'on livre la chose à l'emprunteur pour qu'il puisse s'en servir dans son intérêt personnel :* il n'y aurait pas prêt à usage, si une chose était confiée à quelqu'un pour la voir, l'examiner, l'essayer ou l'estimer, ou si elle était prêtée pour le seul avantage du prêteur : — Je charge une personne de faire pour moi un voyage, et dans ce but, je lui confie mon cheval ; ou bien encore, je remets à mon domestique les ustensiles nécessaires pour exécuter les travaux que je lui impose : dans ces hypothèses, on ne rencontre pas les carac-

(1) Dur. n. 509.

(2) Dur. n. 511, Troplong, n. 55 Duvergier, n 48.

(3) Duvergier, n. 44, 45 et 46, Toullier, t. 2, n. 1298.

(4) Duvergier, n. 41, Troplong, n. 54, Delv. t. 3, p. 404, notes.

tères du prêt à usage, quoiqu'il y ait obligation de rendre *in individuo.* — Mais le prêt à usage peut se former pour l'avantage du prêteur et de l'emprunteur.

3° *Que l'usage soit accordé gratuitement* (1876) : autrement, on verrait dans la convention un louage, si l'équivalent consistait en une somme d'argent, et un contrat sans nom, s'il consistait en une chose ou en un fait : en tous cas, il n'y aurait pas commodat (1) (Pothier, n° 2 et 3).

4° *Que l'emprunteur s'oblige à rendre la chose in individuo :* c'est là, ce qui distingue principalement le commodat, du prêt de *consommation* (1878). — Peu importe, du reste, ainsi que nous l'avons dit, et que nous le verrons plus loin, que les choses prêtées soient susceptibles de se consommer par le premier usage : ces sortes de choses peuvent fort bien faire l'objet d'un commodat, lorsqu'elles sont prêtées *ad ostentationem :* tout dépend de l'intention des parties.

L'emprunteur doit restituer la chose à l'époque fixée par la convention, ou après qu'elle a servi à l'usage pour lequel il l'a reçue (1888).

Si elle a éprouvé quelque détérioration qui lui soit imputable, il doit des dommages-intérêts ; si le dommage est tel qu'elle ne puisse plus servir commodément, le prêteur peut en faire l'abandon et contraindre l'emprunteur à lui en payer le prix (1884) (Delv., p. 197, n. 4).

5° *Que la chose soit dans le commerce* (1878) : les tribunaux prononceraient la nullité d'un prêt de choses qui seraient placées par la loi hors du commerce, telles que des stylets, des livres immoraux, des images obscènes.—Le prêteur n'aurait pas d'action pour obtenir la restitution de ces objets (2).

On peut néanmoins, dit Pothier (n° 16), prêter des choses placées hors de commerce, lorsqu'on est dirigé par une intention honnête ; par ex. : lorsqu'on prête de mauvais livres à un tiers pour les réfuter.

(1) Troplong, n. 22, Dur. n. 491, Delv. 23, p. 405, n. 2.

(2) Pothier, n. 16, Dur. n. 504 Troplong, n. 32.

Les choses sacrées peuvent être prêtées, pourvu que ce soit pour des usages religieux ; par ex., une église peut valablement prêter à une autre église des chandeliers et même des vases pour une cérémonie funèbre ou autre.

Le commodat peut avoir pour objet, non-seulement des choses mobilières ; mais encore des immeubles : par ex., une cave, un grenier, un appartement (art. 1828) (1).

6° Enfin, lors même que la chose est dans le commerce, il faut que le prêt ait *une cause licite et un but légitime :* cette règle est commune à tous les contrats. — Par ex. : si Pierre livre à Paul un fusil ou une échelle pour commettre un crime ; ce n'est point là un prêt à usage ; mais un acte de complicité (2).

La nullité est-elle absolue à ce point, que le prêteur soit privé d'action pour contraindre l'emprunteur à rendre la chose, ou pour obtenir des dommages-intérêts en cas de non-restitution ? Duranton (3) se prononce pour l'affirmative ; il argumente de cette règle romaine : *Quando utriusque contrahentium turpitudo versatur, melior est causa possidentis* (ff. *de cond. ob turpem causam*, l. 3).— Déjà nous avons combattu ce système (*voyez* art. 1133) : en définitive, il est dans le vœu de la loi, que toutes les traces d'un contrat qu'elle réprouve disparaissent ; or, le prêteur manifeste un répentir qui répond à cette pensée, lorsqu'il réclame sa chose avant l'accomplissement de l'acte : pourquoi donc lui refuser l'accès des tribunaux ? — Remarquons, d'ailleurs, qu'il agira par la revendication, sans exciper du contrat dont il reconnaît le vice, et certes l'emprunteur ne serait pas écouté, s'il opposait, pour se dispenser de restituer, qu'il détient en vertu d'une stipulation illicite.

Nous supposons que le vice résulte de l'usage auquel la

(1) L. 12, § 2, ff. *Comm. vel contra*. L. 17. Cod. de prescript. verb. Pothier, n. 16. Dur. n. 501. Troplong, n. 36.

(2) Dur. n. 505. Troplong, n. 34.

(3) Dur. n. 505. *Voy.* dans le même sur Troplong, n 34.

chose était destinée : si le contrat a pour objet une chose dont la détention même est un délit ; par ex. : si l'on a prêté des armes ou de la poudre de guerre, l'action en répétition, nous l'avons déja dit, n'est pas recevable : pour qu'elle fût accueillie, il faudrait que le prêteur justifiât d'un titre valable ; or, il ne peut avoir de titre en présence des lois prohibitives.—Au surplus, cette difficulté se présentera bien rarement, car l'emprunteur ne s'exposera pas aux poursuites qui pourraient être dirigées contre lui par le ministère public comme détenteur d'armes prohibées, de poudre de guerre, etc. (Duvergier, n. 22).

Quelques mots en terminant sur la preuve du prêt à usage.

Le titre du prêt ne contenant pas de modifications aux règles générales sur la preuve, il faut appliquer ces règles au commodat : ainsi, la preuve du commodat peut résulter, comme celle de tout autre contrat, d'un écrit soit authentique soit sous seing privé.—Dans ce dernier cas, il n'est pas nécessaire de dresser deux originaux de l'acte (1325), puisque le contrat est unilatéral ; on se borne à observer les règles établies par l'article 1326.

A défaut d'écrit, on peut recourir à une enquête. Ce genre de preuve est recevable, dans tous les cas, lorsque la valeur de l'objet prêté n'excède pas 150 fr., que la chose soit mobilière ou immobilière. — Au-dessus de cette somme, on distingue : la preuve testimoniale doit être admise même sans commencement de preuve par écrit quand il s'agit d'un immeuble, car le prêteur agira par revendication si l'on conteste son droit. — Mais un commencement de preuve par écrit est nécessaire, en ce qui concerne le prêt à usage des meubles ; car le possesseur est réputé propriétaire tant qu'on ne prouve point qu'il possède comme simple détenteur (2279) (1) (1341, 1347 et 1348 comb.).

(1) Pothier, n 8. Toullier, n. 30. Dur. n. 313, t. 13, n. 498, t. 17. Duvergier, n. 51. Troplong, n. 58. — La cour de Colmar (18 avril 1806), a décidé que la preuve du prêt à usage doit être admise sans commencement de preuve par écrit, lors même que la valeur de l'objet prêté excède

Nous pensons, en outre, que le serment peut être déféré par le prêteur, et qu'au besoin, il y a lieu de faire interroger l'emprunteur sur faits et articles.

Le prêteur ne peut exiger la restitution de la chose prêtée, avant l'expiration du terme convenu; — s'il n'a pas été fixé de terme, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances. — Les articles 1899 et 1900 sont applicables au commodat; car il y a même raison de décider (1).

—Le créancier gagiste est-il censé faire un prêt, lorsqu'il permet au débiteur de se servir temporairement de la chose donnée en gage?— Un emprunteur, dit Duvergier (n. 36), n'a que le droit de se servir de la chose prêtée; le débiteur à qui la chose est rendue pour un certain temps, a un droit plus étendu: il perçoit les fruits et jouit comme propriétaire, à charge de rétablir le gage au jour fixé. — Le prêteur est tenu de rembourser à l'emprunteur les dépenses que ce dernier a faites pour la conservation de la chose (1890): nul n'aura la pensée d'appliquer ces règles au débiteur remis temporairement en possession du gage qu'il avait donné. — Ces raisons ne sont pas concluantes: pourquoi le créancier gagiste ne serait-il pas admis à prêter au propriétaire la chose donnée en gage? Certes le prêt fait par l'usufruitier au propriétaire serait valable; il y a même raison dans l'un et l'autre cas (Pothier, n. 19).

1764. Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée.	1764. The lender continues to be the owner of the thing lent.

---

* *C. N.* 1877. } Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée.

---

* *C. L.* 2866. } Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée.

150 fr., attendu qu'il s'agit uniquement d'établir un fait; mais aucun texte ne justifie cette solution: il nous paraît plus rationnel de décider, qu'en gardant le silence, le législateur a manifesté l'intention de laisser la preuve du prêt soumise au droit commun.

(1) Colmar, 8 mai 1845. D. p. 46, 2, 219.

[ARTICLE 1765.]

* *ff. Commod. vel contrà, Liv.* 13, *Tit.* 6, *LL.* 8, 9. } *L.* 8. Rei commodatæ et possessionem, et proprietatem retinemus. (POMPONIUS).

L. 9. Nemo enim commodando, rem facit ejus cui commodat. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } *L.* 8. Celui qui prête une chose en conserve de droit la propriété et la possession. (POMPONIUS).

L. 9. Car le prêt n'est point un titre translatif de propriété. (ULPIEN).

Voy. autorités sur art. 1763.

1765. Tout ce qui peut être l'objet du contrat de louage peut l'être du prêt à usage.	1765. Every thing may be loaned for use which may be the object of the contract of lease or hire.

---

* *C. N.* 1878. } Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention.

Voy. *C. C. B. C.*, arts. 1605 et suiv.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Prêt à usage*, *n°* 14 *et s.* } 14. Toutes les choses qui sont dans le commerce, et qui ne se consomment point par l'usage qu'on en fait, peuvent être l'objet de ce contrat (1).

(1) V. art. 1878, C. civ.

On voit que les rédacteurs du Code ont suivi littéralement Pothier; ils semblent avoir attaché une grande importance à cette désignation *qui ne se consomme pas par l'usage :* et, cependant, ce n'est point là ce

Ce sont le plus communément les meubles qui en font l'objet : on prête tous les jours un carosse, un cheval, un livre, une tapisserie et autres choses semblables.

Néanmoins les immeubles en peuvent aussi être l'objet : tous les jours un ami prête à son ami sa cave, son grenier, un appartement dans sa maison.

15. Non-seulement les choses profanes peuvent être la matière du contrat de *prêt à usage;* les choses consacrées à Dieu, qui, pour cette raison, sont hors du commerce, en peuvent être aussi la matière, pourvu que ce soit pour des usages religieux qu'elles soient prêtées. Par exemple, lorsqu'il y a un catafalque à faire dans une église pour une cérémonie funèbre, ce qui exige un grand nombre de chandeliers d'argent, on emprunte les chandeliers d'argent des autres églises de la ville ; c'est un vrai contrat de prêt à usage.

Si, pendant que les réparations qui sont à faire à une église paroissiale la rendent inexploitable, des religieux voisins ont une convention avec les paroissiens, par laquelle ils permettent aux paroissiens de faire, jusqu'à ce que leurs réparations soient finies, leur office paroissial dans leur église, à des heures différentes de celles auxquelles ils font le leur, cette convention est un vrai contrat de prêt à usage que ces religieux font de leur église à ces paroissiens.

16. Les écrits dont le roi ou les magistrats ont ordonné la suppression, ne peuvent être la matière d'un contrat de prêt légitime. L'arrêt qui défend à toutes personnes de les retenir, et enjoint de les porter au greffe de la Cour, défend à plus forte raison de les prêter : le prêt qui en est fait est donc une contravention à l'arrêt, et par conséquent c'est un contrat nul, qui ne peut de part ni d'autre produire aucune obligation, ni donner aucune action : *Pacta quæ contrà leges consti-*

qui caractérise les choses objet du commodat : il suffit que, dans l'intention des parties, ces choses aient été considérées, *in individuo,* comme corps certains, qui devaient être rendus en nature, *in specie* dans leur individualité, et par conséquent, que la propriété n'en ait point été transférée. (BUGNET).

tutionesque vel contrà bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est ; L. 6, Cod. *de Pact.*

Les mauvais livres dont on ne peut se servir pour aucun usage honnête, tels que ceux qui ne contiennent rien autre chose que des ordures et des impuretés, quoiqu'il n'y ait aucun arrêt qui en ait ordonné formellement la suppression, ne peuvent être la matière d'un contrat de prêt légitime : un tel contrat de prêt est contraire aux bonnes mœurs, et par conséquent nul, suivant la loi ci-dessus citée.

Il y a néanmoins de mauvais livres qui peuvent être prêtés pour un usage bon et légitime, tels que sont ceux qui attaquent la foi et la saine morale, lors qu'on les prête à quelqu'un qui les emprunte pour les réfuter : un tel prêt est honnête et légitime. Mais prêter ces livres à des personnes dont la lecture de ces livres peut corrompre le cœur et l'esprit, c'est un crime qui surpasse celui d'un empoisonneur, autant que l'âme surpasse le corps.

17. Il est évident que les choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, ne peuvent être l'objet de ce contrat ; car, étant de la nature de ce contrat, suivant la définition que nous en avons donnée, que celui à qui la chose est prêtée, s'oblige à la rendre elle-même *in individuo*, après qu'il s'en sera servi, il en résulte que les choses dont on ne peut se servir qu'en les consommant et les détruisant, ne peuvent être l'objet de ce contrat.

Par exemple, de l'argent comptant, du vin, du blé, de l'orge, de l'huile, etc., ne peuvent être l'objet du contrat de *prêt à usage*, mais seulement du *prêt de consomption*, dont nous parlerons dans le traité suivant.

Néanmoins ces choses mêmes qui sont de nature à se consommer par l'usage, peuvent quelquefois faire l'objet du contrat de *prêt à usage ;* savoir, lorsqu'elles sont prêtées, non pour l'usage naturel auquel ces choses sont destinées, mais seulement pour la montre, *ad ostentationem :* car, ces choses ne se consommant point par cette espèce d'usage, rien n'empêche qu'elles ne puissent être l'objet du contrat de *prêt à*

usage. C'est la décision des lois (L. 3, § *fin.*; et L. 4, ff. *Commod.*) NON *potest commodari id quod usu consumitur, nisi fortè ad pompam vel ostentationem quis accipiat; sæpè etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut ostendantur.* C'est ce qu'ont coutume de faire les receveurs infidèles qui, ayant donné à usure l'argent de leur caisse, empruntent de leurs amis des sacs d'argent, lorsqu'ils savent qu'on doit venir visiter leur caisse, pour la faire paraître remplie, et les rendent *in individuo,* aussitôt que la visite a été faite.

18. Il n'importe que la chose prêtée appartienne ou non à celui qui la prête. Si un voleur prête à quelqu'un la chose qu'il a volée; c'est un vrai contrat de prêt, qui n'oblige pas moins celui à qui elle est prêtée de la rendre au voleur qui la lui a prêtée, que s'il lui eût prêté sa propre chose; L. 15 et 16, ff. *eod. tit.* Voyez une limitation, *infrà,* ch. 2, sect. 2, art. 1, § 4.

19. Mais on ne peut prêter à quelqu'un sa propre chose : *Commodatum rei suæ esse non potest* (1).

C'est pourquoi, si quelqu'un qui a ma chose, me la prête sans que je sache qu'elle m'appartient, le contrat est nul, et je ne contracte aucune obligation de la rendre.

Cette régle, qu'on ne peut prêter à quelqu'un sa propre chose, souffre exception, lorsque c'est celui qui a le droit de la posséder ou d'en jouir, qui la prête au propriétaire. Par exemple, si le créancier à qui j'ai donné ma tapisserie en nantissement, me la prête pour quelque occasion, c'est un prêt de ma propre chose, qui est valable : car, n'ayant pas le droit de la posséder, quoiqu'elle m'appartienne, puisque je l'ai donnée en nantissement, on peut valablement me la prêter,

(1) Il faut toutefois remarquer, que le commodataire possède pour le commodant, ou plutôt que c'est le commodant qui conserve la possession et ses avantages; or, l'art. 2279, C. civ., donne au possesseur d'un meuble la propriété de ce même meuble, il arrivera donc souvent que cet article empêchera le commodataire de soutenir avec succès que la chose à lui prêtée était sienne. (BUGNET).

et je contracte valablement l'obligation de la rendre au créancier qui me l'a prêtee et qui a droit de la posséder.

Par la même raison, celui qui jouit en usufruit de ma maison, peut me la prêter en tout ou en partie.

SECTION II.

DES OBLIGATIONS DE L'EMPRUNTEUR.

1766. [L'emprunteur est tenu de veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée.]

Il ne peut s'en servir qu'à l'usage pour lequel elle est destinée par sa nature ou par la convention.

SECTION II.

OF THE OBLIGATIONS OF THE BORROWER.

1766. [The borrower is bound to bestow the care of a prudent administrator in the safe-keeping and preservation of the thing loaned.]

He cannot apply the thing to any other use than that for which it is intended by its nature or by agreement.

---

* *C. N.* 1880. } L'emprunteur est tenu de veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 1064 ; *Institutes*, citées sur art. 1763.

---

* *ff De Obligat. et action.*, *Liv.* 44, *Tit.* 7, *L.* 1, § 4. } Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu, quod accepit, amiserit, nihilominùs obligatus permanet. Is vero qui uten-

dum accepit, si majore casu, cui humana infirmitas resistere non potest (veluti incendio, ruina, naufragio), rem quam accepit, amiserit, securus est. Aliàs tamen exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compellitur: nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. Sed et in majoribus casibus si culpa ejus interveniat, tenetur: veluti si quasi amicos ad cœnam invitaturus, argentum quod in eam rem utendum acceperit, peregré proficiscens secum portare voluerit, et id aut naufragio, aut prædonum hostiumve incursu amiserit. (GAIUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } Celui qui a reçu un prêt simple reste toujours obligé, quoiqu'il ait perdu par quelqu'accident ce qu'on lui a prêté. Mais celui qui a reçu un prêt à usage est libéré s'il a perdu la chose par un de ces cas auxquels la foiblesse humaine ne peut pas résister : par exemple par un incendie, une ruine, un naufrage. Cependant il est obligé de conserver la chose qu'on lui a prêtée avec le plus grand soin, et il ne suffiroit pas qu'il en eût le même soin que de ses propres choses, si on peut prouver qu'un autre auroit pu apporter plus de soin. Il est même obligé dans le cas où il perd la chose par un accident imprévu, s'il y a eu de sa faute : par exemple, si ayant emprunté de l'argenterie pour servir un repas à ses amis, il est parti pour un voyage lointain, emportant cette argenterie avec lui, et qu'il l'ait perdue dans un naufrage, ou qu'elle lui ait été volée par des brigands ou par les ennemis. (GAIUS).

---

* *ff. Commod. vel contrà, liv.* 13, *tit.* 6, *L.* 5, §§ 2, 5, 7, 8, *L.* 18. } *L.* 5, § 2. Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione: utrum dolus, an et culpa? an vero et omne periculum? Etquidem in contractibus interdum dolum solum, interdùm et culpam præstamus. Dolum in deposito: nam quia nullam *utilitas* ejus versatur apud quem deponitur, merito dolus præstatur solus: nisi fortè et merces accessit.

Tunc enim (ut est et constitutum) etiam culpa exhibetur : aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum præstet is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate : et dolus et culpa præstatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur. Et ideo verior est Quinti Mucii sententia, existimantis, et culpam præstandum, et diligentiam.

§ 5. Custodiam planè commodatæ rei etiam diligentem debet præstare.

§ 7. Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit, pertinet: nam si tibi equum commodavero ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis. Idem erit et in homine. Planè si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. Nam et si servum tibi tectorem commodavero, et de machina ceciderit periculum meum esse Namusa ait. Sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, *ut et in machina operaretur.* Cæterùm si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina: aut si machinæ culpa factum minus diligenter, non ab ipso ligatæ, vel funium perticarumque vetustate, dico periculum quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum præstare debere. Nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus, sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui negligentiùs machinam colligavit.

§ 8. Quinimo et qui aliàs re commodata utitur, non solùm commodati, verùm furti quoque tenetur: ut Julianus libro undecimo digestorum scripsit. Deniquè ait, si tibi *codicem* commodavero, et in eo chirographarium debitorem tuum cavere feceris, egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario judicio : si minus, neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum : etiam teneris mihi, inquit, commodati. Imo, ait, etiam furti : quoniam aliter re commodata usus est : quemadmodùm qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur (ULPIANUS).

[ARTICLE 1766.]

L. 18. In rebus commodatis talis *diligentia* præstanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: ita ut tantùm eos casus non præstet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quæ sine dolo et culpa ejus accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus, et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam peregrè secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cœnam invitaturum se diceret, et id peregrè secum portaverit, sine ulla dubitatione, etiam piratarum, et latronum, et naufragii casum præstare debet. Hæc ita, si duntaxat accipentis gratia commodata sit res. At si utriusque, veluti si communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum præstare debeas. Sed videndum est, ne et culpa præstanda sit: ut ita culpæ fiat æstimatio, sicut in rebus pignori datis, et dotalibus æstimari solet (Gaius).

Ibidem, *Trad. de M. Hulot.* } *L.* 5, § 2. Il faut examiner maintenant quelles sont les choses qui entrent dans la nature de l'action du prêt; si cette action donne au demandeur le droit de se faire indemniser par le défendeur de tout ce qu'il souffre par sa mauvaise foi ou par sa faute, ou même par les cas fortuits. Entre les contrats, il y en a où on est responsable seulement de sa mauvaise foi, et d'autres où on répond même de ses fautes. Dans le dépôt, on ne répond que de sa mauvaise foi. En effet, comme ce contrat ne procure aucun avantage au dépositaire, c'est avec raison qu'il n'est tenu que de sa mauvaise foi, à moins que les parties ne soient convenues d'un salaire; car, dans ce cas, suivant les ordonnances, le dépositaire répond de sa faute; ou à moins qu'il n'y ait une convention expresse portant que le dépositaire se charge de répondre de la perte qui pourra survenir par sa faute, ou par cas fortuit. Mais lorsque le contrat est

avantageux aux deux contractans, comme dans la vente, le loyer, la dot, le gage, la société, alors on répond des pertes qui surviennent par sa mauvaise foi ou sa faute. Or le prêt n'est ordinairement avantageux que pour celui à qui la chose est prêtée. Ainsi le sentiment le plus sûr est celui de Quintus-Mucius, qui pense que dans le prêt on répond des pertes survenues par sa faute et sa négligence.

§ 5. Il est hors de doute qu'il doit garder la chose même avec soin.

§ 7. Il y a des cas où la perte de la chose prêtée, arrivant même par mort, est aux risques de celui a qui elle a été prêtée, car si je vous ai prêté un cheval pour vous transporter à votre maison de campagne, et que vous ayez mené ce cheval à la guerre : j'aurai l'action du prêt contre vous. Il en seroit de même pour un esclave. Mais si je vous avois prêté l'un ou l'autre pour aller à la guerre, leur mort doit être à mes risques : car si je vous avois prêté un esclave maçon, et qu'il fût tombé d'un échafaud, Namusa dit que je dois courir les risques de sa mort; ce qui est vrai, suivant moi, si je vous l'ai prêté pour qu'il travaillât sur un échafaud. Mais si vous l'ayant prêté pour travailler chez vous de plein pied, vous l'avez fait travailler sur un échafaud, ou si cette chute est arrivée parce qu'on n'avoit pas eu soin de bien assurer l'échafaud, ou par la vétusté des cordages et des perches qui devoient le soutenir, je dis que l'accident qui arrivera par la faute de celui à qui la chose a été prêtée sera à ses risques, périls et fortune. Car Méla écrit que si on prête un esclave à un homme qui fouille les carrières, et que l'esclave vienne à périr sous l'échafaud, l'ouvrier qui n'a pas eu soin de bien assurer l'échafaud est soumis à l'action du prêt.

§ 8. Il y a plus, celui qui emploie la chose prêtée à un usage différent de celui dont on est convenu, est soumis non seulement à l'action du prêt, mais encore à l'action pénale du vol, comme l'écrit Julien au livre onze du digeste. Enfin, le même jurisconsulte rapporte cette espèce : Je vous ai prêté un registre sur lequel vous avez fait signer une promesse

chyrographaire à votre débiteur. Si le régistre m'étant rendu, j'ai rayé cette promesse, je suis tenu envers vous par l'action contraire du prêt, si je vous ai prêté le registre dans l'intention que vous fissiez signer dessus une promesse à votre débiteur ; mais si je ne vous l'ai pas prêté dans cette intention, et que vous ne m'ayez pas instruit qu'il y avoit dans ce registre une promesse à votre profit, j'aurai contre vous l'action du prêt, à cause de l'usage extraordinaire que vous avez fait de mon registre. Julien pense même qu'il y aura lieu à l'action pénale du vol, parce que la chose prêtée a été employée à un usage différent de celui dont on est convenu. De même, dit-il, que cette action a lieu contre celui qui se sert d'un cheval ou d'un habit prêté, autrement que ne porte la convention (ULPIEN).

L. 18. En matière de prêt, celui à qui la chose est prêtée doit la conserver avec tout le soin qu'un père de famille très exact apporte dans ses propres affaires : en sorte qu'il est responsable de tous les événemens, excepté ceux qu'on n'a pu empêcher, comme la mort de l'esclave prêté arrivée sans sa faute, les incursions des brigands ou des ennemis ; les embûches des pirates, les naufrages, les incendies, la fuite des esclaves qu'on n'a pas coutume de garder. Ce qui est dit ici des brigands, des pirates, des naufrages, doit s'entendre du cas où la chose a été prêtée pour être emportée bien loin : car si j'ai prêté mon argenterie à quelqu'un, parce qu'il m'a fait entendre qu'il traitoit ses amis chez lui, et qu'il l'ait emportée au loin, il n'est pas douteux qu'il est responsable des événemens qui ont causé la perte de mon argenterie, quand même elle auroit été enlevée par des pirates ou des voleurs, ou perdue dans un naufrage. Tout ceci est vrai dans le cas où le prêt se fait uniquement pour l'avantage de celui à qui la chose est prêtée. Mais s'il se fait pour l'utilité réciproque des deux parties, par exemple, si nous invitons à un repas un ami commun, que vous vous chargiez de mettre la table, et que je vous prête mon argenterie, j'ai lu dans quelques jurisconsultes que vous n'étiez responsable que de votre

mauvaise foi. Mais on peut demander si vous ne devriez pas être responsable de votre faute : de manière cependant qu'on n'estimeroit alors comme faute que celle qu'on regarde pour telle en matière de choses données en gage ou en dot (GAIUS).

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Prêt à usage* nos 21, 22, 48. } 21. Ce droit que le prêt à usage donne à l'emprunteur, se borne à l'usage pour lequel la chose lui a été prêtée : il ne lui est permis de s'en servir pour aucun autre usage, à moins qu'il n'ait un juste sujet de croire que le prêteur y consentirait s'il le savait.

Par exemple, si quelqu'un m'a prêté à Orléans un cheval pour aller à Baugenci, je ne puis pas m'en servir pour aller plus loin. Mais si, étant arrivé à Baugenci, il m'est survenu une affaire plus loin, que je n'avais pas prévue lorsque j'ai emprunté le cheval, et que les relations d'amitié que j'ai avec celui qui me l'a prêtée, et la connaissance que j'ai de son caractère obligeant, me donnent lieu d'être persuadé qu'il ne m'aurait pas refusé son cheval pour aller jusqu'au lieu où cette affaire m'est survenue, je puis licitement m'en servir pour aller jusque-là.

Il faudrait décider autrement, si, lorsque j'ai emprunté le cheval pour aller à Baugenci, je savais déjà que je pourrais en avoir besoin pour aller plus loin, et que je ne l'aie pas déclaré à celui de qui j'ai emprunté le cheval : cette réticence de ma part prouve que je n'étais pas bien assuré qu'il eût voulu me prêter son cheval pour aller plus loin.

22. Lorsque l'emprunteur, à l'insu et contre le gré du prêteur, se sert de la chose prêtée à un autre usage que celui pour lequel elle lui a été prêtée, non-seulement il contrevient à la bonne foi requise dans le contrat de prêt, qui ne permet pas d'user de la chose prêtée pour un autre usage, mais il commet un vol de l'usage de cette chose. C'est ce qu'enseigne Paul en la loi 40, ff. *de Furt. Qui jumenta sibi commodata longiùs duxerit, alienâve re invito domino usus sit, furtum facit.* Ulpien décide la même chose en la loi 5, § 8, ff. *Commod.*

Il ne fait pas, à la vérité, un vol de la chose même qui lui a été prêtée, mais il fait un vol de l'usage de cette chose : car le vol peut tomber sur l'usage de la chose comme sur la chose même, le vol étant défini : *Contrectatio rei fraudulosa.... vel rei, vel etiam usûs ejus possessionisve ;* L. 1, § *fin.* ff. *de Furt.*

48. L'obligation que l'emprunteur contracte par le contrat de prêt à usage, l'oblige à apporter tout le soin possible à la conservation de la chose qui lui a été prêtée.

Il ne suffit pas qu'il y apporte un soin ordinaire, tel que celui que les pères de famille ont coutume d'apporter aux choses qui leur appartiennent : il doit y apporter tout le soin possible, c'est-à-dire, celui qu'apportent à leurs affaires les personnes les plus soigneuses ; et il est tenu, à cet égard, non seulement de la faute légère, mais de la faute la plus légère.

C'est ce qu'enseigne Gaïus, en la loi 1, § 4, ff. *de Obl. et act. Exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compellitur ; nec sufficit ei eamdem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit.*

Ceci est une suite du principe qui se trouve en la loi 5, § 2, ff. *Commod.*, et que nous avons rapporté en notre *Traité des Obligations*, n° 142, " que dans les contrats qui se font pour le seul intérêt de celui qui reçoit la chose qui fait l'objet du contrat, celui qui la reçoit est tenu d'apporter à la conservation de cette chose, non seulement un soin ordinaire, mais tout le soin possible, et qu'il est tenu par conséquent de la faute la plus légère, *de levissimâ culpâ* : d'où il suit que le contrat de *prêt à usage* se faisant pour le seul intérêt de celui à qui la chose est prêtée, cet emprunteur est tenu de ce soin très exact.

---

5 *Pothier* (*Bugnet*), *Du Précaire*, *n°* 86 *et s.* } 86. Il y a deux espèces de *précaire ;* la première, pour laquelle on accorde précairement à quelqu'un la possession d'une chose ; la seconde, par laquelle on en accorde seulement l'usage.

Nous ne traitons que cette seconde espèce de précaire, à cause du rapport qu'elle a avec le *prêt à usage.*

87. On peut définir cette espèce de *précaire*, " une convention par laquelle, à votre prière, je vous donne une chose pour vous en servir tant que je voudrai bien le permettre, et à la charge de me la rendre à ma réquisition : " *Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tandiù quandiù is qui concessit patitur ;* L. 1, ff. *de Precar.*

Cette convention tient beaucoup du prêt à usage.

Elle renferme, de même que le prêt à usage, un bienfait, et un bienfait qui a pour objet plutôt l'usage de la chose, que la chose même : *Est genus liberalitatis* (*eâd.* L. § 1), *et est simile commodato ; nam et qui commodat, sic commodat rem ut non faciat accipientis, sed ut ei uti re permittat ; eâd.* L. § 2.

Cette convention de précaire n'est pas néanmoins le vrai contrat de prêt à usage, qu'on appelle *Commodatum* ; et la différence essentielle qui les distingue, c'est que, dans le vrai contrat de prêt à usage, la chose est prêtée pour un certain usage déterminé, ou pour un certain temps ; et la restitution n'en peut être demandée qu'après l'expiration du temps convenu, ou nécessaire pour que l'emprunteur puisse s'en servir à l'usage pour lequel elle lui a été prêtée ; au lieu que, dans la convention du précaire, celui qui reçoit une chose précairement, la reçoit pour s'en servir indistinctement, et à la charge de la rendre incontinent au prêteur, toutefois et quantes il la demandera.

88. Dans les principes du droit romain, il y avait encore d'autres différences.

Le prêt à usage était un contrat du nombre de ceux qu'on appelait *Contrats nommés*, et il produisait fréquemment, de part et d'autre, des obligations civiles.

Au contraire, le précaire n'était pas un contrat nommé ; et même, selon l'opinion de plusieurs docteurs, il n'était pas en tout contrat ni quasi-contrat. Celui qui avait accordé précairement l'usage de la chose, n'avait, pour se la faire rendre, que des remèdes prétoriens, tel que celui qu'on appellait

Interdictum de precario. C'est ce que nous apprenons de Paul, en la Loi 14, ff. *de Precar.*, où il est dit : *Interdictum de precario merito introductum est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset; magis enim ad donationis et beneficii causam, quàm ad negotii contracti spectat precarii conditio.*

Celui qui avait accordé précairement l'usage de la chose, outre l'*interdictum de precario*, avait aussi une action *præscriptis verbis;* L. 2, § 2 ; et L. 19, § 2, ff. *d. tit.* Mais cette action n'était qu'une action *utile*, c'est-à-dire, qui n'avait son fondement que dans l'équité et la juridiction prétorienne.

C'est en conséquence de ces différences, qu'au lieu que, dans le prêt à usage, l'emprunteur est tenu de *levissimâ culpâ*, parce qu'il contracte une obligation civile de rendre la chose, et d'en avoir tout le soin possible ; dans le précaire, suivant le droit romain, celui à qui l'usage d'une chose était accordé précairement, ne contractant aucune obligation civile, et celui qui la lui avait donnée, n'ayant contre lui que des remèdes prétoriens, qui n'avaient pour but que d'empêcher sa mauvaise foi, il n'était tenu que *de dolo et de latâ culpa quæ dolo comparatur.*

89. Ces principes du droit romain n'étant pas reçus parmi nous, et toute convention par laquelle les parties, ou l'une d'elles, " promet à l'autre de lui donner, ou de faire, ou de ne pas faire quelque chose," étant, selon la simplicité de notre droit, un vrai contrat, la convention de *precaire* n'est pas moins un vrai contrat que le *prêt à usage.*

Il produit des obligations semblables à celles que produit le prêt à usage ; sauf que, dans le précaire, celui qui a accordé précairement l'usage d'une chose, n'est pas obligé, comme dans le prêt à usage, de la laisser pendant un certain temps à celui à qui il l'a accordée ; mais il peut en demander la restitution dès le lendemain, et toutes fois et quantes il lui plaira (1).

(1) A ce point de vue, le précaire ne serait qu'un véritable commodat modifié seulement sous le rapport de la durée ; c'est ainsi qu'il se pratique très fréquemment surtout dans les campagnes. (BUGNET).

Si, néanmoins, celui qui tient la chose précairement, ne pouvait, au moyen de l'usage auquel il l'a employée, la rendre sur-le-champ sans se causer un très grand préjudice, celui qui la lui a accordée, et qui en demande la restitution, serait tenu d'attendre, sauf à se faire indemniser de ce qu'il aurait souffert du retard.

90. Le précaire se faisant, de même que le prêt à usage, pour le seul intérêt de celui à qui l'usage de la chose est accordé, il doit, dans notre droit, être tenu de la faute la plus légère, de même que l'emprunteur dans le prêt à usage. La différence que le droit romain avait établie à cet égard entre le précaire et le prêt à usage, ne doit pas être reçue parmi nous, n'étant fondée que sur des subtilités qui n'ont pas lieu dans notre droit.

91. Quoique l'usage d'une chose qui est accordé précairement, ne soit pas déterminé, celui à qui il a été accordé ne peut néanmoins se servir de la chose qu'à des usages auxquels elle est propre et destinée.

92. Etant obligé de la rendre à celui de qui il l'a reçue, aussitôt qu'il la demandera, il ne doit pas la transporter au loin, puisqu'il se mettrait par là hors d'état de satisfaire à cette obligation.

Si la chose était périe ou perdue par un accident de force majeure dans le lieu où il l'a indûment transportée, il serait tenu de cette perte, parce qu'il est en faute de l'y avoir transportée.

93. Nous donnons quelquefois à un autre une chose pour qu'il la voie et l'examine, et quelquefois pour qu'il en fasse l'estimation; cette personne, en la recevant, s'oblige, au moins tacitement, de nous la rendre après qu'il l'aura examinée.

Nous donnons aussi quelquefois à quelqu'un une chose pour qu'il l'essaie. C'est ce qui arrive lorsque celui à qui on propose l'achat d'une chose, veut, avant de se déterminer à l'achat qu'on lui propose, connaître la bonté de la chose par l'essai qu'il en fera.

Ces conventions sont des espèces de *prêt* : elles ont cela de commun avec le *prêt à usage*, que celui qui donne à quelqu'un sa chose pour la voir et l'examiner, ou bien pour l'essayer, en retient, de même que dans le prêt à usage, non-seulement la propriété, s'il en est le propriétaire, mais même la possession ; celui qui reçoit la chose ne la détient qu'au nom de celui de qui il l'a reçue ; et celui qui reçoit la chose, s'oblige en la recevant, de même que dans le prêt à usage, de la rendre *in individuo* à celui de qui il l'a reçue.

94. Ces conventions ne sont pas néanmoins le véritable contrat de *prêt à usage;* car il est de l'essence de ce contrat que celui qui reçoit la chose, la reçoive pour s'en servir à un certain usage pour lequel elle lui est prêtée ; au lieu que celui à qui on donne une chose pour la voir et l'examiner, la reçoit pour une fin différente. C'est pourquoi il est dit dans la loi 1, § 1, ff. *de Præscr. verb. Si quis pretii explorandi causâ rem tradat, neque depositum neque commodatum erit.*

Pareillement celui à qui on donne une chose pour l'essayer, la reçoit pour une autre fin ; car, quoiqu'il doive s'en servir à quelque usage, ne pouvant l'essayer qu'en s'en servant, néanmoins cet usage n'est pas la fin pour laquelle la chose lui a été donnée ; ce n'est qu'un moyen pour parvenir à cette fin, qui est d'essayer la chose, et d'en connaître la bonté ou les défauts. C'est pourquoi il est dit dans la loi 20, ff. *de Præscr. verb.*, que, lorsqu'une chose a été donnée à quelqu'un pour l'essayer, il y a lieu à l'action *de præscr. verb.*

95. Ces différentes espèces de prêt produisent des obligations semblables à celles qui naissent du prêt à usage.

Celui qui reçoit la chose se rend, de même que dans le prêt à usage, en la recevant, débiteur de la restitution de cette chose même *in individuo*. S'il en avait perçu quelques fruits, il serait tenu, de même que dans le prêt à usage, d'en faire raison à celui de qui il a reçu la chose. C'est la décision de Pomponius : *Si quem quæstum fecit is qui experiendum quid acceperit ; veluti si jumenta fuerint, eaque locata sint, idipsum præstabit ei qui experiendum dedit : neque enim ante eam rem*

quæstui cuique esse oportet priusquàm periculo ejus ; L. 13, § 1, ff. *Commod.*

S'il n'avait fait ces profits que depuis que l'achat de la chose a été conclu, ces profits lui appartiendraient. Aussitôt après la conclusion du marché, la chose est aux risques de l'acheteur, et par conséquent à son profit.

96. A l'égard du soin que doit apporter à la conservation de la chose celui à qui on l'a donnée pour la voir et l'examiner, il faut avoir recours à la règle ordinaire, rapportée *suprà*, n° 48 et suiv., et dans notre *Traité des Obligations*, n° 142.

Suivant cette règle, il faut dire que, lorsqu'une chose a été donnée à quelqu'un pour la voir, si c'est pour l'intérêt seul de celui qui l'a donnée, *putà*, afin que celui à qui il l'a donnée l'estimât, et lui en dît la valeur, qu'il était bien aise de savoir; en ce cas, celui à qui on a donné la chose pour la voir, n'est tenu d'apporter à la conservation de cette chose que de la bonne foi : il n'est tenu à cet égard que *de dolo et de latâ culpâ.*

Au contraire, si la chose qu'on a donnée à voir à quelqu'un ne lui a été donnée qu'à sa prière, et uniquement pour satisfaire sa curiosité ; le prêt étant fait, en ce cas, *in gratiam solius accipientis*, celui à qui on a donné la chose à voir, doit être, de même que dans le prêt à usage, obligé au soin le plus exact, et être tenu *de levissimâ culpâ.*

C'est ce que nous enseigne Ulpien, en la Loi 10, § 1, ff. *Commod.*, où il est dit : *Si rem inspectori dedi, an similis sit ei cui commodata res est quæritur ? et si quidem mea causa dedi dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantùm præstabit ; si sui, et custodiam.*

Papinien décide la même chose en la Loi 17, § 2, ff. *de Præscr. verb. Si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi præstandum esse dico, periculum non ; si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solùm, quia propè depositum hoc accedit.*

Observez que Papinien ne joint ensemble le cas auquel la chose a été donnée à voir à quelqu'un en faveur seulement

de celui à qui on l'a donnée à voir, et celui auquel on l'a donnée à voir pour l'intérêt commun des deux parties, que pour décider que, dans l'un et dans l'autre cas, il ne suffit pas à celui à qui on a donné la chose *à voir*, d'apporter de la bonne foi; mais que, dans l'un et dans l'autre cas, il est tenu de la faute, c'est-à-dire du défaut de soin. Cependant, il n'en faut pas conclure que ce soit d'un même degré de faute. Il est tenu de la faute la plus légère, *de levissimâ culpâ*, lorsque c'est en sa faveur seulement qu'on lui a donné la chose à voir; il n'est tenu que de la faute légère, *de levi culpâ*, lorsque c'est pour l'intérêt des deux parties qu'on la lui a donnée à voir.

On peut donner pour exemple du cas auquel on a donné à quelqu'un une chose à voir pour l'intérêt commun des parties, celui où j'aurais donné une chose à quelqu'un avec qui je serais en pourparler pour la lui vendre; car c'est pour parvenir à un marché qui devait se faire pour notre intérêt commun, que je la lui ai donnée à voir.

97. On doit faire les mêmes distinctions à l'égard de celui à qui on a donné la chose à essayer.

Si c'est pour l'intérêt commun de lui et de celui qui la lui a donnée à essayer, il doit apporter à cette chose le soin qu'a coutume d'apporter un bon père de famille aux choses qui lui appartiennent, et être tenu *de levi culpâ*. On peut de même apporter pour exemple le cas auquel je donne une chose à essayer à quelqu'un avec qui je suis en pourparler pour la lui vendre.

Mais si c'est pour mon intérêt seul que j'ai donné une chose à essayer à quelqu'un, je n'ai droit d'exiger de lui que de la bonne foi, et il n'est tenu que *de dolo et latâ culpâ;* comme dans le cas auquel, voulant savoir si je pouvais sûrement monter un cheval dont on m'a fait présent, je l'ai donné à essayer à un de mes amis, bon écuyer, pour connaître s'il n'était pas peureux, s'il avait les jambes sûres, s'il était assez doux pour que je le pusse monter sûrement, etc.

---

6 *Boileux, sur art.* 1880 *C. N.* } L'emprunteur étant obligé de restituer, doit veiller en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose : mais rappelons-nous, que cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats (1137) ; or, le prêt à usage est un de ceux dans lesquels on doit l'interpréter à la rigueur ; car ce contrat se forme ordinairement dans le seul intérêt de l'obligé.

Il ne suffit donc pas à l'emprunteur, pour s'affranchir de toute responsabilité, de donner à la conservation de la chose, autant de soins qu'à celles qui lui appartiennent ; ni même les soins ordinaires d'un bon père de famille, *in abstracto :* il doit la plus grande vigilance (*exactissimam diligentiam*) ; c'est-à-dire, les soins que les personnes les plus attentives donnent à leurs affaires : on ne lui pardonnerait pas de petites négligences qu'un père de famille peut se permettre sans cesser d'être bon administrateur : il répond de toute espèce de faute ; même de celle que certains auteurs qualifient de très-légère (*levissima*). Cette théorie puisée dans Pothier (nº 108) résulte de l'article 1882, puisque cet article rend l'emprunteur responsable de la perte arrivée par cas fortuit, s'il a pu garantir la chose prêtée en employant la sienne propre ; ou si ne pouvant conserver que l'une des deux il a préféré la sienne.

Toutefois, les tribunaux doivent, dans l'appréciation des fautes, avoir égard à l'âge, à la condition et à l'expérience de l'emprunteur : par ex., si le prêt a pour objet un cheval, tels faits qu'on ne pourra reprocher à un enfant ou à une personne qui n'a pas la connaissance des chevaux, constitueront une faute grave de la part d'un écuyer.

Toujours par suite du même principe, si la chose prêtée a été dérobée, quand même ce serait par les enfants ou par les domestiques du prêteur, l'emprunteur doit en répondre ; car le vol simple ne peut guère arriver sans quelque défaut de soins ou de précautions.

Mais il peut se faire décharger, en prouvant qu'il n'y a eu

de sa part aucune faute; par ex., que le vol a été commis avec effraction, ou que la perte résulte de toute autre circonstance qu'il n'a pu prévenir ; par ex., en cas d'inondation.

La responsabilité de l'emprunteur est la même, que le prêt ait été fait spontanément, ou qu'il ait été sollicité par l'emprunteur. " Le bienfait que me fait le prêteur, en me prêtant la chose dont il sait que j'ai besoin, sans attendre que je l'en prie, en est d'autant plus grand," dit Pothier (n° 52).

L'emprunteur qui a payé le prix de la chose perdue ou volée, est subrogé aux actions du prêteur contre ceux qui la détiennent: s'il parvient à retrouver cette chose, il en devient propriétaire. — Mais alors, a-t-il le droit de répéter le prix, en offrant de restituer la chose ? Non : car le prêteur a pu s'en procurer une autre.

Si c'est le prêteur qui retrouve sa chose après avoir été indemnisé, il doit restituer cette chose à l'emprunteur, ou lui tenir compte du prix (Pothier, (n° 85).

Le principe que l'emprunteur doit apporter à la conservation de la chose prêtée la plus grande vigilance, souffre exception dans deux cas:

1° Quand il a été convenu qu'il ne devra que des soins ordinaires : l'emprunteur peut même valablement stipuler qu'il ne répondra d'aucune faute; il ne doit alors que de la bonne foi.

2° Lorsque le prêt a été fait pour l'intérêt commun des deux parties; par ex., si un associé prête son cheval pour entreprendre un voyage dans l'intérêt de la société : les soins imposés à l'emprunteur ne sont alors que ceux ordinaires d'un bon père de famille.

La chose doit être rendue *in individuo :* c'est là un des caractères du commodat.

Elle doit être rendue en bon état : nous verrons toutefois, que l'emprunteur n'est pas tenu de la détérioration causée par le seul effet de l'usage auquel la chose est destinée (1884). —Quant aux réparations d'entretien, elles sont à sa charge.— Si les détériorations, conséquences naturelles de l'usage, se

trouvent aggravées par suite de la négligence qu'il a mise à faire ces sortes de réparations, il répond de ce dommage (1886).

L'emprunteur doit restituer la chose prêtée avec ses accessoires, et tenir compte des fruits qu'elle a produits pendant qu'elle était entre ses mains ; car le prêteur n'a pas prêté les fruits.

La perte causée par force majeure, ou arrivée par cas fortuit (1148, 1302), est supportée par le prêteur.—Peu importe que ce soit le prêt qui ait donné lieu à l'accident : en prêtant une chose, on prend tacitement sur soi tous les risques qu'elle pourra courir : ex., j'emprunte un cheval pour faire un voyage ; des voleurs m'arrêtent et le tuent : le prêteur n'aura pas d'action contre moi.

Cette règle générale, commune à tous les contrats, souffre exception : 1° lorsque l'emprunteur a spécialement répondu des cas fortuits (1883) ;—2° lorsque le cas fortuit a été précédé d'une faute de sa part sans laquelle la perte n'aurait pas eu lieu : ainsi, dans l'espèce précédente, si j'avais pris un chemin de traverse, au lieu de suivre la route ordinaire ; ou si j'avais voyagé à des heures indues, il n'est pas douteux que je devrais des dommages-intérêts ;—3° lorsque la chose prêtée a péri par un cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si ne pouvant conserver que l'une des deux il a préféré la sienne (1882) ;—4° lorsque le cas fortuit est survenu après l'époque fixée pour la restitution ; à mois qu'il ne soit prouvé que la chose eût également péri entre les mains du prêteur (Arg. de l'art. 1881); —5° enfin, si la chose a été estimée en la prêtant (1883) : c'est comme de raison à l'emprunteur, à prouver que la chose a péri par force majeure, puisqu'il est soumis à l'obligation de restituer (Troplong, n° 83).

Les obligations de l'emprunteur s'étendent à tous les accessoires de la chose : par ex., si vous me prêtez une jument qui est encore suivie de son poulain, je serai tenu de donner des soins à ce poulain. (Pothier, n° 54. Dur., n° 524.)

[ARTICLE 1766.]

L'emprunteur ne doit se servir de la chose prêtée, que pour l'usage déterminé par la convention : je vous prête un cheval de selle, vous ne pourrez le mettre à la voiture. — Je vous prête ma voiture pour aller à Paris, vous ne pourrez vous en servir pour aller à Lyon.

L'emprunteur qui prolonge l'usage de la chose empruntée au delà du temps convenu se constitue en faute (voyez art. 1881).

Si l'emprunteur manque aux obligations qui lui sont imposées, le prêteur peut demander la dissolution du contrat, et même, suivant les circonstances, des dommages-intérêts.

L'emprunteur ne peut conserver la chose au delà du terme convenu, bien que la restitution immédiate doive lui causer un grave dommage. Néanmoins, si le prêteur n'a point d'intérêt à ce qu'elle lui soit remise, l'équité veut que l'on accorde un délai à l'emprunteur (Pothier, nº 42).

L'action en restitution est imprescriptible, puisque l'emprunteur détient à titre précaire (2231, 2236, 2237); mais lorsque la chose n'existe plus dans les mains de l'emprunteur ou de ses héritiers, soit qu'il l'aient fait périr, soit qu'elle ait péri par un cas fortuit dont il se trouvait chargé, l'action en dommages-intérêts se prescrit par 30 ans, comme toutes les autres actions personnelles.

La chose doit être restituée au lieu déterminé par la convention. — Lorsque les parties n'ont rien fixé à cet égard : " La chose (d'après Pothier, nº 36) doit être rendue au prêteur en sa maison, à moins que par sa destination elle n'eût coutume d'être dans un autre lieu ; *putà*, dans une de ses maisons de campagne d'où le prêteur l'a retirée pour la prêter; auquel cas elle doit être rendue au lieu où elle a coutume d'être."—" Si depuis le prêt, le prêteur avait transféré sa demeure très-loin, l'emprunteur ne serait pas obligé de lui rendre la chose prêtée ailleurs qu'au lieu où était la demeure du prêteur lors du prêt; car ce n'est que dans ce lieu qu'il a entendu s'obliger de la rendre...... Si la nouvelle demeure du prêteur était peu éloignée de celle où la chose a été prêtée,

l'emprunteur à qui elle est connue, doit être obligé de rendre la chose au prêteur en sa nouvelle demeure."

Cette doctrine est condamnée par tous les auteurs, on s'accorde à décider que la restitution doit se faire au lieu où la chose a été livrée à l'emprunteur. Il y aurait souvent injustice, dit notamment Troplong (n° 279), à exiger que l'objet prêté fût remis dans un autre lieu ; ce serait soumettre l'emprunteur à des frais de transport qui rendraient onéreux pour lui un contrat de pure bienfaisance. — Ajoutons, que l'article 1903 admet implicitement cette solution lorsqu'il dit, qu'en cas d'impossibilité pour l'emprunteur de rendre la chose prêtée, " il en doit l'estimation d'après sa valeur au lieu où l'emprunt a été fait." — Vainement argumenterait-on de l'article 1247, cet article n'est applicable qu'au prêt à intérêt.

Nous admettons toutefois, que l'emprunteur est tenu de restituer la chose au nouveau domicile du prêteur, si ce domicile est peu éloigné de l'ancien : " Celui, dit Pothier (n° 37), qui a reçu un bienfait ne doit pas être écouté à chicaner son bienfaiteur."

Le prêteur est tenu de rembourser à l'emprunteur les dépenses urgentes qu'il a faites pour la conservation de la chose prêtée. Nous parlerons sous l'article 1890 des moyens qu'il peut employer pour obtenir ce remboursement.

Enfin, la chose doit être rendue soit au prêteur ou à son fondé de pouvoir ; soit à la personne qui exerce les droits du prêteur, s'il n'avait pas la capacité requise pour prêter, s'il a changé d'état, ou s'il est devenu, depuis le prêt, incapable de recevoir.

Si le prêteur est décédé, la chose doit être rendue à ses héritiers (Pothier, n° 31 et suiv.)

Troplong, Du Prêt, sur art. 1880 *C. N.* } 48. La section dans laquelle nous entrons s'occupe des engagements de l'emprunteur. Mais, avant de suivre le législateur dans l'ex-

posé du système qui organise ce point capital du prêt à usage, nous devons rechercher quand il y a engagement légal de l'emprunteur, c'est-à-dire quand la capacité de la personne et la forme de l'acte ont produit une convention revêtue des caractères qui en assurent la validité. Le titre *du Prêt* a laissé ces points à l'écart ; il les a considérés comme résolus d'avance par les règles générales déduites dans le titre *des Contrats et obligations*. Mais notre devoir, à nous, est de revenir sur ces principes et de les préciser en les ramenant aux spécialités du sujet que nous traitons.

49. Le mineur n'emprunte pas valablement sans l'autorisation de son tuteur (1); il en est de même de l'insensé (2), de la femme mariée et de toutes les personnes incapables : toutes sont de mauvais emprunteurs. On leur rend service en leur prêtant, et néanmoins la loi les dégage des obligations que ce service imposerait à des personnes capables. Ce n'est pas, du reste, que le prêteur puisse se prévaloir de la non-idonéité de ces personnes pour prendre l'initiative de la nullité de la convention. Les incapables dont nous venons de parler sont seuls admis à argumenter du vice de la convention (3).

Néanmoins, et malgré cette inégalité de position, il arrive tous les jours que des prêts à usage se font à des mineurs, à des femmes mariées, etc., etc. La société est un échange de services dans lequel on suit plus souvent les mouvements du cœur que les sûretés du droit. Si ma voisine de campagne a besoin de ma voiture, pendant l'absence de son mari, pour aller faire un voyage à la ville, je la lui prête en m'en rapportant à sa bonne foi et sans trop me préoccuper de son incapacité juridique. Si un camarade d'études de mon fils vient passer chez moi ses vacances, je lui prêterai mes chevaux, mes chiens, mes armes, pour qu'il se livre à ses plai-

(1) Ulp. l. 1, § 2, D, *commod.*

(2) Paul, l. 2, D, *commod.* (ad edict, lib. XXIX).

(3) Art. 1125 du code civil.

sirs de jeune homme pendant un temps qui s'écoule trop vite ! Sa qualité de mineur ne retiendra pas ma bienveillance et mon amitié.

49 2o (1).

50. Mais quels seront les résultats de la nullité du prêt ? Le mineur, l'insensé seront-ils dispensés de rendre la chose prêtée ?

Il est certain que si la chose existe dans les mains de l'emprunteur, il est tenu (2) d'en faire la restitution. Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ; la bonne foi naturelle est ici la source de l'action, à défaut du commodat qu'on ne peut opposer à l'incapable (3).

(1) Add. *Le commodat fait à ces incapables est valable pour eux.*—Duranton justifie ainsi cette proposition, nº 507 : " D'abord nul doute que les mineurs eux-mêmes, non autorisés de leur tuteur, les interdits, et les femmes mariées non autorisées de leur mari, ne puissent très-bien recevoir une chose à prêt à usage, puisqu'ils peuvent toujours faire leur condition meilleure, et que le prêt à usage est tout dans l'intérêt de celui qui reçoit la chose. Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui ils ont contracté. Le prêteur, sous prétexte que le commodat convenu avec eux n'est pas valable, ne pourrait donc leur redemander la chose avant l'expiration du temps pour lequel il la leur aurait prêtée, ni se refuser aux autres conséquences de ce contrat, par exemple, à rembourser à l'emprunteur le montant des impenses que celui-ci aurait faites pour la conservation de la chose, dans un cas où elle en avait un besoin urgent."

(2) Arg. de l'art. 1926 du code civil ; *infrà, Dépôt*, nos 55 et suiv.

(3) Paul, l. 2, D., *commod.* ; sur quoi Favre dit : " *Commodati actione teneri non possunt ; tenentur tamen actione ad exhibendum, scilicet cum possidene.*"

Add. Op. conf. de Duranton, nº 507, où il ajoute : " De leur côté le mineur, l'interdit ou la femme, sont obligés de restituer la chose, sinon à raison d'un vrai contrat de commodat, en ce qui les concerne, mais à raison de l'équité qui ne permet pas qu'ils retiennent la chose d'autrui. Toutefois, à l'égard des fautes qu'ils auraient commises dans la garde de l'objet prêté, ils n'en seraient généralement pas tenus, quand bien même cet objet serait venu à périr par cette cause."

51. Il en est de même si l'incapable, ayant vendu la chose prêtée, en a retiré un prix qui a augmenté son patrimoine et tourné à son utilité (1) ; dans ce cas, comme dans le précédent, le prêteur a contre l'incapable une action qui, si elle ne dérive pas rigoureusement du contrat de commodat, découle du droit naturel (2) ; Ulpien l'appelle *utilem commodati actionem.*

52. Mais si la chose n'existe plus dans les mains de l'incapable, parce qu'il l'a laissée périr par sa faute, on décide que le prêteur qui en réclamerait la restitution serait repoussé par l'exception de nullité de la convention (3)

53. Toutefois, il ne faudrait pas étendre cette solution au cas où la personne incapable, étant *doli capax*, aurait fait périr la chose par fraude et méchamment. On sait que le mineur *doli capax* est réputé majeur quand il a commis un délit ou un quasi-délit (4). Et quant à la femme mariée, comment ne serait-elle pas responsable de son méfait ?

Ainsi, si je prête à mon jeune voisin mon cheval pour une promenade et qu'il tue cet animal par malice, il sera tenu de m'indemniser. Sa minorité n'est pas ici un cas de sauvegarde ; car la loi veut protéger la faiblesse, mais non encourager la méchanceté et la fraude. Au surplus, ce cas a été prévu par la loi 9, § 2, D., *de minoribus*. Ulpien se demande si le mineur qui a commis un délit sur la chose prêtée à usage est tenu de son dol, quand même il ne se serait pas enrichi ; et il décide qu'il est tenu : " *Dolo aliquid fecit minor in re deposita vel commodata... an ei subveniatur, si nihil ad eum per-*

(1) Ulpien, l. 3, D., *commod.*, et Favre sur cette loi : " Non aliter videri pupillum locupletiorem factum esse, quam si distracta forte re commodata et pretio in utilitatem suam converso, etc., etc."

(2) Arg. de l'art. 1926 du code civil; *infrà, Dépôt,* n° 56.
Add. Op. conf. de Duvergier, n° 39 ; de Magnin, n° 774.

(3) Duranton, t. XVII, n° 507 ; Duvergier, n° 39 ; *infrà, Dépôt,* n° 53.

(4) Art. 1310 du code civil.

"*venit; et placet in dilectis minoribus non subveniri* (1)." Noodt (2) et Voet (3) ont très-bien expliqué ce point, et montré la liaison et la conciliation des textes (4).

54. Si, du reste, le mineur devenu majeur conservait la chose par devers lui, et qu'elle vînt alors à périr par sa faute, il serait jugé au point de vue des commodataires majeurs et d'après les règles strictes du prêt à usage. Il ne faudrait pas argumenter contre cette décision de la loi 1, § 2, D., *commod.*, dans laquelle Ulpien semble professer une opinion contraire. Delvincourt (5) a très-bien remarqué qu'Ulpien, en refusant l'action *commodati* sous prétexte qu'originairement il n'y a pas eu de commodat valable (*quia ab initio non constitit*), ne dit pas qu'il n'y a pas une autre action plus efficace, tirée de l'équité naturelle. Dans notre droit, où la rigueur des formules d'action est heureusement inconnue, l'action proviendrait d'un véritable prêt, investi de toutes ses conditions et ratifié par la majorité.

54 2° (6).

(1) *Junge* Toullier, t. VII, n° 587; Duranton, t. XVII, n° 508; Duvergier, n° 41.

Add. Duranton cite cet autre texte d'Ulpien, qui n'est pas moins explicite, dit Duvergier, n° 41 : "*An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate, depositum est, depositi actio detur, quæritur. Sed probari oportet, si apud doli mali jam capasem deposueris, agi posse, si dolum commisit : nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum et si dolus non intervenit.* L. 1, § 15, ff. *depositi vel contra.*"

(2) Sur le titre *Commodati.*

(3) *Ad Pandect.*, tit. *Commod.*, n° 3.

(4) On pourrait en effet argumenter de la loi 1, § 2, D., *comm.* qui est d'Ulpien; mais cette loi, prise dans son véritable sens, n'a rien de contraire. Elle refuse, contre les mineurs, l'action *commodati*, mais non pas *de dolo*. Voy. l. 1, § 15, D., *depositi*, et *infrà*, *Dépôt*, n° 58.

(5) T. III, notes, p. 404; t. VIII in-8°, p. 314.

Add. Op. conf. de Duvergier, n° 41.

(6) Add. *Peut-on en dire autant de l'interdit, après la levée de l'interdiction ?* — Delvincourt, dont Troplong, au n° 54, a suivi l'opinion, dit, t. VIII, in-8°, p. 314 : "Ce que nous venons de dire s'applique également

54 3° (1).

55. Quand le mineur a reçu par l'émancipation le droit de faire des actes d'administration (2), il est capable d'emprunter à usage. L'article 483 du code civil, qui lui défend de faire des emprunts, sous aucun prétexte, sans une délibération du conseil de famille homologuée, n'a en vue que les emprunts dont il est question dans le chapitre II, *infrà*, *Du simple prêt.* Ce sont là les emprunts qui trompent l'inexpérience des mineurs et consomment leur ruine. Le prêt à usage n'a pas ces dangers, et d'ailleurs, dans la langue du droit, on ne le confond jamais avec le simple prêt (art. 1874).

Le prêt à usage est un service passager qui est gratuitement rendu ; et sans l'obligeance du prêteur, on serait obligé de recourir au louage, ou peut-être même à l'achat, pour se procurer la chose. Or, puisque le mineur émancipé, et par conséquent apte à se livrer à des actes d'administration, pourrait louer la chose à prix d'argent (3), à plus forte raison peut-il la recevoir gratuitement, à titre de prêt (4).

à l'interdit, sauf que, comme il est possible qu'il ignore que le prêt lui a été fait, il ne sera responsable de la perte ou de la détérioration, survenue même depuis la mainlevée de l'interdiction, qu'autant qu'il sera prouvé qu'il savait que la chose ne lui appartenait pas. Autrement il a pu la croire sienne, et *nulli culpæ subjectus est, qui rem quasi suam neglexit* (l. 31, § 3, ff. *de hæredit. petit.*)."

(1) Add. Quid *des prêts faits aux mineurs en cas de nécessité pressante ?*— Duvergier répond, n° 42 : " On devra enfin considérer comme valables les prêts faits à des mineurs, en cas de nécessité pressante. Cette opinion admise par l'ancienne jurisprudence est adoptée par Toullier, n° 581. Il n'y a pas lieu en effet d'apprécier la capacité de ceux qui ont concouru à un contrat, d'examiner s'il était convenable de le faire, et s'il a eu des résultats utiles, lorsqu'il était commandé par une impérieuse nécessité."

(2) Art. 481 et 484 du code civil.

(3) Mon *Comm. du Louage*, n°s 145 et 147 ; art. 481 du code civil.

(4) Add. Op. conf. de Duranton, n° 510. Duvergier est moins absolu ; il dit, n° 45 : " Le prêt fait ou reçu par le mineur doit évidemment être

56. On doit en dire autant, et à plus forte raison, de la déclaré nul relativement à lui, à moins qu'il ne rentre dans les actes d'administration.

" Ainsi, le mineur propriétaire de vignobles ou de terres labourables peut valablement prêter à son voisin des ustensiles nécessaires à la fabrication du vin, ou des animaux destinés au labourage, afin de se ménager le moyen d'emprunter, à son tour, des objets de même nature. A plus forte raison, lorsqu'il aura emprunté des choses nécessaires pour exécuter les travaux agricoles, ou pour faire la récolte, il sera obligé comme le serait un majeur.

" Mais en dehors de circonstances semblables, le mineur pourra proposer la nullité, soit qu'il ait prêté sa chose, soit qu'il ait emprunté celle d'autrui.

" On serait tenté de croire que l'emprunt que fait le mineur, même pour l'administration de ses biens, doit être déclaré nul ; car l'art. 483 du code civil dit que le mineur emancipé ne pourra faire d'emprunts sous aucun prétexte, sans une délibération du conseil de famille.

" Malgré ce que cette disposition a d'absolu, et quoique l'histoire des travaux préparatoires du code nous apprenne que la proposition d'autoriser le mineur à emprunter, jusqu'à concurrence d'une année de son revenu, fut repoussée, il me paraît certain que des emprunts contractés dans les circonstances que j'ai indiquées sont valables.

" La défense d'emprunter faite au mineur ne doit s'entendre que des sommes d'argent, ou des choses fongibles : ce sont les emprunts de ce genre, qui présentent les inconvénients qu'on a voulu prévenir, qui sont, suivant l'expression de Berlier, *le fléau de l'inexpérience.*

" Quant aux commodats dont il est ici question, qui sont justifiés par les nécessités de l'administration confiée au mineur, qui ne peuvent avoir aucune des conséquences funestes contre lesquelles le législateur a pris de sages précautions, ils doivent être maintenus."

Le même auteur, nº 46, réfute ainsi Duranton, qui partageait l'opinion de Troplong : " Duranton enseigne qu'un prêt fait par le mineur emancipé est valable. " Ce n'est pas, il est vrai, dit-il, un pur acte d'administration de ses biens, attendu que les actes de cette nature doivent " être faits dans l'intérêt du mineur; mais d'un autre côté ce n'est pas " non plus un acte de disposition ou d'aliénation." Puis il ajoute cette réflexion : " Un mineur qui peut affermer ses domaines, louer ses maisons, toucher ses revenus, et en donner décharge, sans l'assistance de " son curateur, doit bien pouvoir prêter efficacement son cheval ou sa " montre à son ami."

" Il suffit, si je ne me trompe, que le prêt ne soit pas un acte d'admi-

femme séparée; car, outre qu'elle reprend l'administration de sa dot, elle peut aliéner son mobilier (1).

nistration, pour qu'on décide sans hésiter qu'il excède la capacité du mineur émancipé. Qu'importe qu'il ne soit pas un acte d'aliénation véritable? La loi ne dit pas que les actes d'aliénation sont seuls interdits au mineur; elle déclare que les actes d'administration lui sont seuls permis; qu'il ne *peut faire aucun autre acte que ceux de pure administration* (code civil, articles 481, 484).

" La nature et la valeur de la chose prêtée ne sauraient justifier une modification aux principes. Les règles n'auraient plus rien de certain et de stable, si elles devaient fléchir devant de semblables considérations. Le mineur émancipé peut vendre mille hectolitres de blé qu'il a récoltés dans sa terre, il ne peut cependant aliéner un arpent de son héritage; et jamais jurisconsulte n'a songé à comparer la valeur de l'arpent à la valeur de la récolte du champ entier, pour arriver à cette conséquence que celui qui peut valablement vendre l'une peut aussi vendre l'autre.

" Si d'ailleurs le mineur, au lieu de prêter son cheval ou sa montre, avait prêté pour longtemps son magasin ou sa maison, l'argument fondé sur la ténuité du prix de la chose prêtée disparaîtrait. Ainsi la validité du contrat dépendrait de la valeur de ce qui en fait l'objet. Cela est impossible."

(1) Art. 1449 du code civil; mon *Commentaire du Louage*, n° 149.

Add. Op. conf. de Duranton, n° 512.

Duvergier ne partage pas cette manière de voir, en ce qu'elle a de trop absolu, d'après ce qu'il a dit à l'occasion du mineur émancipé; il dit, n° 47: " La femme séparée a, comme le mineur, l'administration de ses biens; de plus, elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. En conséquence, tout prêt ou tout emprunt qui a le caractère d'acte d'administration est valablement fait par elle. Cela est manifeste, puisqu'on le décide ainsi pour le mineur, dont la capacité est moins étendue que la sienne. En outre, le pouvoir d'aliéner son mobilier emporte nécessairement le pouvoir de le prêter.

" Mais réciproquement est-elle valablement obligée par l'emprunt qu'elle fait de choses mobilières?

" Oui, si en empruntant elle a administré; non, dans le cas contraire. Une jurisprudence aujourd'hui constante annule les obligations contractées par les femmes séparées, lorsque ces obligations ne se rattachent point à l'administration de leurs biens; elle n'en permet pas l'exécution, même sur leur mobilier. Il n'y a évidemment point de raison pour soustraire à l'application de cette règle générale les engagements qui peuvent naître d'un emprunt d'objets mobiliers."

[ARTICLE 1766.]

57. Celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire ne peut emprunter, d'après l'article 513 du code civil; mais nous répéterons ici ce que nous disions au n° 35: l'emprunt défendu par l'article 513 n'est pas l'emprunt d'une chose prise simplement à usage. Le pourvu d'un conseil judiciaire pourrait prendre la chose à bail (1), c'est-à-dire en payant; et l'on voudrait qu'il ne pût la recevoir gratuitement (2) !

57 2° (3). 57 3° (4).

(1) Mon *Comment. du Louage*, n° 148.

(2) Add. Op. conf. de Duranton, n° 511.

Duvergier dit, n° 48: " Celui à qui un conseil judiciaire est nommé jouit à peu près de la même liberté et de la même puissance que le mineur émancipé; il doit lui être assimilé quant à la faculté de prêter et d'emprunter."

Voyez ci-dessus, nos 55 et 56, aux notes, les développements de cette opinion.

(3) Add. *Du prêt fait, au contraire, par un mineur en tutelle.* — Troplong, aux numéros précédents, s'est occupé de l'emprunt fait par les incapables, il ne s'occupe qu'implicitement du *prêt* qu'ils feraient. Duranton, n° 509, pose et résout ainsi la question: " En sens inverse, si un mineur a prêté sa chose, il faut distinguer. S'il est en tutelle, et qu'il ait agi avec l'autorisation de son tuteur, c'est un commodat ordinaire, et qui en produira les obligations soit de la part de l'emprunteur, soit de la part même du mineur, dans le cas où l'emprunteur aurait fait quelque dépense nécessaire pour conserver la chose prêtée, parce que c'est comme si c'était le tuteur lui-même qui eût fait le prêt.

" Si le mineur l'a fait sans l'autorisation de son tuteur, l'emprunteur est assujetti aux obligations ordinaires de ce contrat, soit quant à la restitution de la chose, soit quant à la responsabilité des fautes; mais la chose peut lui être redemandée avant le temps convenu ou avant qu'il s'en soit servi pour l'usage pour lequel elle lui a été prêtée; et s'il a fait des dépenses nécessaires à la conservation de l'objet, il n'a pas, il est vrai, l'action *commodati contraria* pour en obtenir le remboursement, attendu que, par rapport au mineur, le contrat n'est point parfait: il est comme l'on dit, *boiteux;* mais l'emprunteur a l'action *negotiorum gestorum*, comme ayant fait l'affaire d'autrui, action qui a lieu aussi bien contre les mineurs que contre les majeurs eux-mêmes, lorsque l'affaire leur a réellement profité." Op. conf. de Duvergier, n° 43.

(4) Add. Quid *du prêt fait par l'interdit?* —Duranton s'exprime comme

[ARTICLE 1767.]

1767. Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage que celui auquel elle est destinée ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il est tenu de la perte arrivée même par cas fortuit.

1767. If the borrower apply the thing to any other use than that for which it is intended or use it for a longer time than is agreed upon, he is liable for the loss of it arising even from a fortuitous event.

---

* *C. N.* 1881. } Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu de la perte, arrivée même par cas fortuit.

Voy. autorités sur art. 1766.

---

* *Pothier (Bugnet), Prêt à usage, nº* 55 *et s.* } 55. Lorsque la chose prêtée est périe ou a été détériorée par quelque accident que l'emprunteur n'a pu ni prévoir ni empêcher, et qui aurait également causé la perte ou la détérioration de la chose prêtée, quand même elle n'aurait pas été prêtée, et serait restée chez le prêteur; comme si le cheval que vous m'avez prêté est mort de maladie, sans qu'on ait pu y apporter remède; personne ne doute que celui à qui la chose a été prêtée, n'est pas tenu de cette perte, puisque ce n'est pas le prêt qui y a donné lieu.

Il n'y a lieu à la question que lorsque c'est le prêt qui a

suit, nº 513 : " Quant à l'interdit, il est clair qu'il ne peut valablement faire un prêt quelconque, puisqu'il ne peut aucunement contracter; d'où il suit que s'il en a fait un, le tuteur peut redemander de suite la chose. Mais celui qui l'a reçue n'est pas moins tenu de toutes les obligations d'un véritable commodat, puisqu'il ne peut alléguer l'incapacité de l'interdit avec lequel il a contracté."

donné lieu à l'accident, auquel, sans cela, la chose prêtée n'aurait pas été exposée. On demande si, en ce cas, celui à qui la chose a été prêtée, doit indemniser le prêteur de la perte causée par cet accident, qui est arrivé sans aucune faute de sa part ?

Par exemple, si vous m'avez prêté votre cheval pour faire un voyage, et que les voleurs m'aient attaqué dans une forêt, et l'aient tué ou emmené, serai-je obligé de vous payer le prix de votre cheval, qui n'aurait point été perdu si vous ne me l'aviez pas prêté ?

Les jurisconsultes romains décident pour la négative : *Is qui utendum accepit*, dit Gaïus (en la loi 1, § 14, ff. *de Oblig et act.*) *si majore casu cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio, ruinâ, naufragio rem amiserit, securus est.*

La même décision se trouve dans plusieurs autres textes ; et leur raison est, que les choses sont aux risques de ceux à qui elles appartiennent ; que le service que rend le prêteur à l'emprunteur, oblige bien l'emprunteur à avoir tout le soin dont un homme est capable, pour la conservation de la chose qui lui est prêtée, mais qu'il ne doit pas l'obliger à se charger des cas fortuits, et de la force majeure ; *Casus enim fortuiti à nemine præstantur ;* que le prêteur, en consentant que la chose fût employée à l'usage pour lequel il l'a prêtée, s'est volontairement exposé aux risques qu'elle devait courir étant employée à cet usage ; que s'étant volontairement soumis à ce risque, on ne peut pas dire que le prêt qu'il a fait, lui ait fait aucun tort que la bonne foi doive obliger l'emprunteur de réparer ; *Volenti enim non fit injuria.*

Quelques auteurs, et entre autres Pufendorf, et son annotateur Barbeyrac, ont néanmoins cru devoir s'écarter de la décision des lois romaines. Ils disent que *Iniquum est officium suum cuique esse damnosum :* d'où ils concluent que les risques auxquels donne lieu le prêt, et que le prêteur n'aurait pas courus, s'il n'eût pas fait le prêt, doivent plutôt être courus et supportés par l'emprunteur à qui on rend service, que par le prêteur qui le lui rend, lequel ne doit rien souffrir du ser-

vice qu'il rend. Ils ajoutent, qu'on doit présumer dans le prêt une condition tacite d'indemniser le prêteur de la perte de la chose prêtée, s'il arrivait que le prêt donnât lieu à cette perte : que comme chacun doit être présumé ne pas vouloir souffrir du plaisir qu'il fait, cette condition doit toujours être présumée tacitement imposée par le prêteur à l'emprunteur ; et que l'emprunteur doit être tacitement présumé se soumettre à la condition de se charger de ce risque incertain, qui est compensé par l'utilité qu'il retire du prêt. Pufendorf met seulement cette modification à son sentiment, savoir, que, si la chose empruntée a péri dans un incendie, ou par quelque autre accident, avec tout le bien de l'emprunteur, il serait trop dur, en ces cas, d'exiger de l'emprunteur qui a perdu son bien, le prix de la chose prêtée.

Titius et Wolfius rejettent le sentiment de Pufendorf, et s'en tiennent à la décision des lois romaines.

Il me paraît qu'on peut facilement répondre aux arguments ci-dessus rapportés pour l'opinion de Pufendorf, que la règle *Iniquum est suum cuique officium esse damnosum*, oblige bien celui à qui on a rendu service, à indemniser celui qui le lui a rendu, de ce qu'il lui en a coûté pour le rendre, lorsque le service rendu est la cause productrice de ce qu'a souffert celui qui l'a rendu ; et même il faut encore pour cela, que celui qui a rendu le service, ne se soit pas volontairement soumis à supporter ce dommage. Suivant ce principe, nous avons vu ci-dessus que l'emprunteur devait indemniser le prêteur de ce qu'il a souffert de la privation de sa chose, pour quelque besoin pressant et imprévu qu'il en a eu pendant que l'emprunteur s'en servait ; car, le prêt est la vraie cause de la privation de l'usage que le prêteur a eue de sa chose, et par conséquent de ce qu'il a souffert de cette privation, par la nécessité dans laquelle elle l'a mis d'en louer une autre.

Mais lorsque le service rendu a été l'occasion plutôt que la cause de la perte qu'a soufferte celui qui l'a rendu, il n'en doit point être indemnisé par celui à qui il l'a rendu : comme

dans l'espèce proposée, lorsque le cheval que je vous ai prêté pour un voyage, a été volé dans une forêt par laquelle il fallait passer, ce prêt que je vous ai fait de mon cheval, n'a été que l'occasion de la perte que j'en ai faite. C'est la violence employée par les voleurs qui en a été la cause ; je n'en dois donc pas être indemnisé ; j'en dois porter la perte ; parce qu'une chose prêtée, ne cessant pas d'appartenir au prêteur, ne cesse pas d'être à ses risques.

Il est vrai que, si je n'eusse pas prêté mon cheval, je n'aurais pas couru le risque qu'il fût volé ; mais j'en aurais pu courir d'autres, moindres, à la vérité, que celui-là, et je me suis soumis à courir celui-là, en le prêtant pour passer par la forêt.

Quant à ce qu'on dit qu'on doit supposer dans le prêt une condition tacite imposée par le prêteur à l'emprunteur, de l'indemniser de la perte de la chose à laquelle le prêt pourrait donner lieu, parce que cette volonté doit être présumée dans le prêteur ; la réponse est que, quand le prêteur aurait eu, comme on le présume, la volonté d'imposer cette condition à l'emprunteur (ce qu'on ne peut pas néanmoins assurer), cela ne suffirait pas pour supposer que le prêt a été fait sous cette condition : car il faudrait encore que l'emprunteur eût eu la volonté de se soumettre à cette condition, un engagement ne se contractant que par le concours des volontés des deux parties. Or, sur quel fondement assurera-t-on que l'emprunteur a eu cette volonté ? Beaucoup de personnes aimeraient mieux ne pas emprunter une chose, que de se soumettre aux risques d'en porter la perte qui arriverait sans leur faute, et trouveraient acheter trop cher à ce prix le prêt qu'on leur ferait de la chose. Ce pacte tacite entre le prêteur et l'emprunteur, est donc une pure supposition destituée de fondement. Si le prêteur avait effectivement la volonté que l'emprunteur l'indemnisât des pertes de la chose, auxquelles le prêt pourrait donner occosion, il devait s'en expliquer avec l'emprunteur lors du contrat : s'il ne l'a pas fait, il doit s'en prendre à lui-même, *in cujus potestate fuit legem apertiùs dicere.*

Je crois qu'il faut s'en tenir, sur cette question, au principe des lois romaines, duquel Pufendorf me paraît s'être mal à propos écarté.

56. Observez néanmoins que ce principe ne décharge l'emprunteur des accidents de force majeure, que lorsqu'il n'a pu sauver de ces accidents les choses qui lui ont été prêtées, et qu'il n'a pas occasionné l'accident par sa faute.

C'est pourquoi Ulpien, en la loi 5, § 4, ff. *Commod.* dit : *Si incendio vel ruinâ aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur; nisi fortè, quum posset res commodatas salvas facere, suas prætulit* (1).

Quand même l'emprunteur n'aurait eu le loisir de sauver de l'incendie de sa maison, arrivé par le feu du ciel, qu'une partie des effets qui y étaient, il serait responsable envers le prêteur, de la perte des choses prêtées qui y étaient, si pouvant les sauver, comme il pouvait sauver les siennes, il avait préféré de sauver les siennes : car, s'étant obligé au soin le plus exact des choses qui lui ont été prêtées, il contrevient à son obligation, lorsqu'il en a moins de soin que des siennes, et qu'il leur préfère la conservation des siennes.

Cette décision doit surtout avoir lieu, si les choses qui lui ont été prêtées étaient plus précieuses que les siennes qu'il a sauvées : car, le soin le plus exact qu'il doit aux choses qui lui ont été prêtées, l'oblige à en avoir au moins le même soin que si elles lui appartenaient. Or, si elles lui eussent appartenu, il n'aurait pas manqué de les sauver préférablement à celles qu'il a sauvées, qui étaient moins précieuses : il n'a donc pas eu le soin qu'il en devait avoir, en les laissant périr pour sauver celles qu'il a sauvées.

Quid, vice versâ, si les choses qui appartenaient à l'emprunteur, et qu'il a sauvées, étaient plus précieuses que celles qui lui ont été prêtées, et qu'il a laissées périr, ne pouvant pas sauver les unes et les autres, est-il en ce ce cas responsable de la perte des effets qui lui ont été prêtés ?

(1) Doctrine expressément reproduite dans l'art. 1882, C. civ., p. 16, note 2. (BUGNET).

Il y a plus de difficulté : néanmoins, on peut soutenir que, même en ce cas, il est responsable de leur perte. Il est vrai qu'on ne peut pas, dans ce cas-ci, lui reprocher de n'avoir pas eu pour les choses qui lui ont été prêtées, le même soin que pour les siennes : car, quand même les choses qui lui ont été prêtées lui auraient appartenu, il les aurait de même laissé périr, et leur aurait préféré celles qu'il a sauvées, puisqu'on les suppose plus précieuses. On ne peut pas non plus dire que l'emprunteur ait commis une infidélité envers le prêteur, en sauvant, dans cette circonstance, ses effets préférablement aux choses qui lui avaient été prêtées.

La réponse est, que l'obligation d'un emprunteur ne se borne pas à apporter de la fidélité à l'égard des choses qui lui ont été prêtées ; elle ne se borne pas non plus à apporter, pour la conservation de ces choses, le même soin qu'il y eût apporté, si elles lui eussent appartenu ; il est tenu d'y apporter tout le soin possible, *tenetur adhibere exactissimam diligentiam.* L'emprunteur se rend responsable, par le cantrat de prêt, de la perte des choses qui lui sont prêtées, hors le seul cas auquel la perte serait causée par une force majeure : *Præstat omne periculum, præter casus fortuitos, seu vim majorem.* Or la force majeure étant définie *vis major cui resisti non potest ;* quoique l'emprunteur n'ait pu sauver les choses prêtées qu'aux dépens des siennes, il suffit que, de quelque manière que ce soit, elles aient pu être sauvées de cet incendie, pour qu'on ne puisse pas dire que la perte arrivée par cet incendie soit arrivée par un cas de force majeure, dont l'emprunteur ne soit pas responsable. Mais si le tumulte a été si grand qu'il n'a été possible de faire aucun choix des effets qui étaient dans la maison incendiée, et qu'on n'ait pu sauver qu'à la hâte quelques effets au hasard, et comme ils se sont présentés sous la main, l'emprunteur, en ce cas, ne sera pas tenu de la perte des choses qui lui ont été prêtées, quoiqu'il n'en ait sauvé aucunes : car, en ce cas, il est vrai de dire que les choses prêtées qui ont péri, n'ont pu absolu-

ment être sauvées, n'étant pas celles qui se sont présentées sous la main.

57. Le second cas auquel l'emprunteur est tenu de la perte ou détérioration de la chose prêtée, quoique arrivée par un accident de force majeure, est lorsqu'il a, par sa faute, occasionné cet accident; *Commodatarius et in majoribus casibus, si culpa ejus interveniat, tenetur;* L. 1, § 4, ff. *de Oblig. et act.*

Par exemple, si vous m'avez prêté votre cheval pour aller à un certain bourg, et qu'au lieu de le mener par le chemin ordinaire, qui est une route sûre et fréquentée, j'aie pris, pour arriver plus tôt, un chemin de traverse, où j'ai été attaqué par des braconniers, qui, après m'avoir volé, ont tué ou emmené le cheval que vous m'aviez prêté; je suis tenu de la perte de votre cheval, quoique arrivée par un accident de force majeure; car c'est par ma faute que je l'ai occasionnée, en quittant la grande route.

Il en est de même si j'ai, à la vérité, suivi la grande route, mais à des heures dangereuses, après le jour failli.

58. Je suis surtout censé avoir, par ma faute, occasionné l'accident, lorsqu'il est arrivé pendant que je me servais de la chose à un usage pour lequel elle ne m'avait pas été prêtée; car c'est ma faute de m'en être servi pour cet usage. Par exemple, si vous m'avez prêté ici (à Orléans) une chose pour m'en servir, et que, contre votre gré et à votre insu, je l'aie portée à la campagne, je suis responsable de tous les accidents de force majeure qui pourront lui arriver sur le chemin; car c'est ma faute de l'y avoir exposé en la portant à votre insu à la campagne. C'est ce que nous enseigne Gaïus en la loi 18, ff. *Commod.* où il est dit: *Quod de latrouibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam peregrè secum ferat; alioquin, si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cænam invitaturum se diceret, et id peregrè secum portaverit, sine ullà dubitatione etiam piratarum, latronum et naufragii casum præstare debet.*

59. Il y a un troisième cas auquel je penserais que l'em-

prunteur devrait indemniser le prêteur de la perte de la chose prêtée, quoique arrivée par un accident de force majeure auquel l'exposait l'usage pour lequel elle lui a été prêtée ; c'est lorsque l'emprunteur a emprunté la chose de son ami pour ne pas exposer la sienne, en taisant à son ami qu'il en avait une qui pouvait lui servir à l'usage pour lequel il empruntait celle de son ami.

Par exemple, j'ai emprunté à mon ami un cheval de bataille pour le mener au combat, en lui taisant que j'en avais un qui était aussi propre à mener au combat que le sien. Si ce cheval que mon ami m'a prêté est tué au combat, je dois être tenu de la perte ; car c'est un dol de ma part d'avoir dissimulé à mon ami que j'avais un cheval dont je pouvais me servir à l'usage pour lequel je lui demandais le sien à emprunter, et de l'avoir, par cette réticence, porté à me prêter son cheval, qu'il n'aurait peut-être pas voulu me prêter, s'il eût su que j'en avais un. D'ailleurs, si je n'étais pas obligé d'indemniser mon ami, je m'enrichirais à ses dépens, en sauvant mon cheval aux dépens du sien : *Hactenùs enim sum locupletior, quatenùs propriæ rei peperci ;* ce que l'équité ne permet pas. *Neminem æquum est cum alterius jacturâ locupletari* (1).

Mais si j'avais avoué de bonne foi à mon ami, en lui empruntant son cheval, que je le faisais pour sauver le mien du risque du combat, n'ayant pas le moyen d'en acheter un autre si je le perdais, mon ami ayant, en ce cas, voulu exposer son cheval aux risques du combat pour lequel il me le prêtait, s'il y était tué, je ne serais pas obligé de l'indemniser ; c'est une générosité qu'il a bien voulu exercer envers moi.

60. Un quatrième cas, dans lequel l'emprunteur est responsable de la perte de la chose prêtée, qu'un accident de

(1) Ce cas rentre tout à fait dans l'esprit qui a dirigé le législateur dans la prévision de la seconde hypothèse de l'art. 1882, ci-dessus, p. 16, note 2 (BUGNET).

force majeure a causée, et lorsque cet accident n'est arrivé que depuis que l'emprunteur a été en demeure de rendre la chose prêtée, qui n'aurait pas été exposée à cet accident, s'il l'eût rendue au temps marqué ; c'est l'effet de la demeure, et l'emprunteur a cela de commun avec tous les débiteurs de corps certain, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, nos 663 et 664.

61. Enfin l'emprunteur est tenu des accidents de force majeure qui ont causé la perte ou la détérioration de la chose prêtée, lorsqu'il s'y est volontairement soumis, et que le prêt a été fait expressément à cette condition. C'est ce que nous enseignent les empereurs Dioclétien et Maximien : *Ea quidem quæ vi majore auferuntur, detrimento eorum quibus res commodantur imputari non solent : sed quum is qui à te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur Præses Provinciæ, si probaveris eum indemnitatem tibi promisisse, placitum conventionis implere eum compellet ;* L. 1, Cod. *commod.*

Cette convention n'a rien de contraire à l'équité. Le prêteur n'étant pas obligé de prêter sa chose, ni par conséquent de l'exposer aux risques auxquels le prêt l'expose ; peut très licitement ne l'exposer à ces risques qu'à la charge que l'emprunteur l'en indemnisera. D'un autre côté, si l'emprunteur se charge de ce risque, il en reçoit le prix par l'usage de la chose qui lui est accordée.

62. C'est une question sur laquelle les docteurs sont partagés, si, lorsqu'une chose est prêtée sous l'estimation d'une certaine somme, l'emprunteur doit être censé s'être chargé du risque des accidents de force majeure qui pourraient causer la perte ou la détérioration de la chose prêtée ?

Accurse, dans la glose sur la loi 5, § 3, ff. *Commod.*, tient l'affirmative, sauf dans le cas auquel le prêt n'aurait pas été fait pour le seul intérêt de l'emprunteur. Bartole, en son *Sommaire* sur les paragraphes 2 et suivants de cette loi, tient aussi l'affirmative indistinctement, et il a été suivi par Dave-

zan en son *Traité de Contractibus*; par Domat, liv. 1, § 2, tit. 5, n° 9, et par d'autres.

Ces auteurs pensent que l'estimation ne peut paraître s'être faite que dans la vue que l'emprunteur serait tenu, à tout événement, de rendre ou la chose prêtée, ou le prix; et que, dans les cas auxquels il ne pourrait rendre la chose, parce qu'elle serait périe ou perdue par quelque cas fortuit, il serait tenu de rendre la somme à laquelle on l'a pour cet effet estimée.

Ces auteurs se fondent principalement sur la loi 5, § 3, ff. *Commod.*, où Ulpien, après avoir dit au § 2, que, dans le prêt à usage qui se fait pour le seul intérêt de l'emprunteur, l'emprunteur est tenu *de levessimâ culpâ*, ajoute au § 3, *et si fortè res estimata data sit, tunc periculum præstandum ab eo qui æstimationem se præstaturum recepit.*

Ces auteurs conviennent que le terme *periculum* est en soi ambigu, et que s'il se prend pour le péril *ex casibus fortuitis proveniens*, il se prend aussi quelquefois dans les lois pour le péril *ex culpâ duntaxat proveniens :* mais ils soutiennent que, dans ce texte, ces termes, *omne periculum*, ne peuvent s'entendre que du péril des cas fortuits; car Ulpien, en traitant depuis le § 2, de l'étendue de l'obligation de l'emprunteur, ne rapporte dans le § 3 le cas du prêt fait sous l'estimation d'une certaine somme, que pour observer que cette estimation ajoute quelque chose à l'étendue de l'obligation de l'emprunteur. Or, à moins qu'on n'entende ces termes *omne periculum*, de la garantie des cas fortuits, l'estimation n'ajoute rien à l'obligation de l'emprunter, lequel, sans cela, et par la seule nature du contrat de prêt, est tenu *de levissimâ culpâ, adeoque præstat omne periculum, solis fortuitis casibus exceptis.*

Ce raisonnement est celui de la glose sur ce paragraphe.

On dit encore pour ce sentiment, que, lorsque dans les contrats une chose est donnée sous une estimation, l'effet de cette estimation est *ut faciat venditionem, et periculum transferat in accipientem.*

Le sentiment opposé est soutenu par Panorme, sur le cha-

pitre unique des Décrétales, *de Empt. vend.;* par Connanus, par Zoëzius, par Brunneman, et par Guillaume Prousteau, ancien professeur de notre université d'Orléans, dans son beau traité *ad L. contractùs.* ff. *de Reg. jur.*, etc.

Ce dernier sentiment me paraît le plus raisonnable. En effet, l'emprunteur n'étant pas chargé par la nature du contrat, des cas fortuits et accidents de force majeure qui peuvent causer la perte de la chose prêtée; pour qu'on puisse le charger du risque de ces accidents, il faut qu'il soit prouvé qu'il a consenti de s'en charger. Or l'estimation qui est faite de la chose prêtée lors du prêt, n'est pas seule capable de prouver cela, si les parties ne se sont pas expliquées que cette estimation se faisait pour que l'emprunteur fût tenu de payer au prêteur cette estimation, de quelque manière qu'il arrivât qu'il ne pût rendre la chose; car, dans les contrats, lorsqu'on donne une chose à quelqu'un sous une estimation, l'estimation ne se fait pas toujours *venditionis causâ, et animo transferendi periculi in accipientem;* elle se fait aussi quelquefois *intertrimenti causâ duntaxat*, pour régler ce que celui qui reçoit la chose sous cette estimation, aura à payer au cas que, par sa faute, la chose soit ou détériorée ou périe, comme dans l'espèce de la loi 2, Cod. *de Jur. dot.* Il y a même lieu de présumer que, dans les contrats dont la nature n'est pas de transférer la propriété, tels que sont le louage et le prêt à usage, l'estimation ne se fait pas *venditionis causâ*, mais plutôt de cette seconde manière, *intertrimenti causâ;* et quand même on n'admettrait pas cette présomption, on ne peut pas disconvenir qu'il est au moins incertain laquelle de ces deux vues les parties qui ne s'en sont pas expliquées, ont eue en faisant faire l'estimation de la chose prêtee : il suffit que cela soit incertain pour que cette estimation seule ne puisse pas prouver que les parties sont convenues que l'emprunteur serait chargé des accidents de force majeure; et n'étant pas prouvé qu'on en soit convenu, on ne l'en doit pas charger.

Ce raisonnement me paraît suffisant pour détruire la première opinion, quel que puisse être le sens de la loi 5, § 3,

qui lui sert de fondement; les décisions des lois romaines n'ayant force de loi dans nos provinces coutumières qu'autant qu'elles sont trouvées conformes aux principes du droit naturel.

Nous n'abandonnons pas néanmoins ce paragraphe d'Ulpien aux partisans de la première opinion. Pour le leur enlever, ceux de l'opinion contraire lui ont donné différentes interprétations.

La première est de ceux qui disent qu'il n'est point du tout question dans ce paragraphe du contrat du *prêt à usage*, mais d'une antre espèce de contrat sans nom, dont il est traité dans le titre du Digeste *de Æstimatoria.*

La seconde interprétation est de ceux qui, en accordant qu'il est question dans ce paragraphe du *prêt à usage*, et que les termes *omne periculum* s'entendent du péril des cas fortuits, prétendent que la décision de ce paragraphe n'est pas générale pour tous les cas auxquels une chose est prêtée sous l'estimation d'une certaine somme, mais seulement du cas auquel les parties se sont expliquées, ou ont suffisamment donné à entendre que cette estimation se faisait pour charger des cas fortuits l'emprunteur.

C'est l'interprétation qu'a suivie Bachovius, *ad Treutler. disput.* 24, *th.* 3.

La troisième interprétation, qui me paraît la plus plausible, et qui est la plus suivie, est celle de ceux qui disent que, dans ce paragraphe, ces termes doivent s'entendre *de* PERICULO *ex quovis culpæ genere proveniente*, et non du péril des cas fortuits; ce qui paraît démontré par ce qui suit dans la loi; car tout de suite il est dit: *Quod vero senectute contigit vel morbo vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum recepit.* Ces termes *quod vero*, qui lient le § 4 avec le § 3, démontrent évidemment que le § 3 ne doit pas être entendu des cas fortuits. Ulpien, après avoir dit en général dans le § 2, que l'emprunteur est tenu de la faute la plus légère, dit

que cela doit surtout avoir lieu lorsque la chose prêtée a été donnée sous l'estimation d'une certaine somme.

Quelques auteurs cités par Brunneman ont donné à ce paragraphe une quatrième interprétation, savoir : que, dans le cas de ce paragraphe, l'emprunteur est tenu de la plus légère faute indistinctement, soit que le prêt ait été fait pour l'intérêt seulement de l'emprunteur, soit qu'il ait été fait pour l'intérêt commun des deux parties, quoique, hors le cas de ce paragraphe, l'emprunteur ne soit tenu de cette faute que lorsque le prêt est fait pour son intérêt seul.

Je ne crois pas cette interprétation véritable. L'estimation ne me paraît devoir rien ajouter au degré de faute dont l'emprunteur doit être chargé, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées ; l'estimation devant, en ce cas, n'être censée faite que pour régler ce que l'emprunteur devra payer au cas que la chose se trouve détériorée ou périe par une faute de la qualité de celles dont il est tenu.

63. Il n'y a lieu à cette question que lorsque le contrat porte simplement une estimation de la chose prêtée, comme lorsqu'il est dit simplement "que je reconnais que vous m'avez prêté votre cheval, *qui est de valeur de cinquante pistoles.*" Ce n'est que pour ce cas que nous avons décidé, suivant la seconde des deux opinions ci-dessus rapportées, que l'estimation portée au contrat, ne faisait pas tomber sur l'emprunteur la perte de la chose prêtée, qui arriverait par quelque accident de force majeure.

Il en serait autrement s'il était dit "que *je reconnais* que vous m'avez prêté votre cheval, que je promets vous rendre dans un certain temps, ou la somme de *tant*, à laquelle nous avons estimé le prix du cheval." Par ces termes, je contracte une obligation formelle de payer la somme, si je ne rends pas le cheval. Mon obligation est une obligation alternative, ou de la restitution du cheval, ou du paiement de la somme (1). La perte du cheval, quoique causée par une force

(1) Mais il ne dépend pas de moi de choisir, tant que le cheval subsiste. Il est clair, au surplus, que, dans la question précédente, les rédac-

majeure, ne me décharge pas de mon obligation : elle subsiste pour le paiement de la somme, suivant les principes sur les obligations alternatives que nous avons établies en notre *Traité des Obligations*, n° 250.

Lahaie, sur art. 1881 *C. N.* } *Delvincourt*, t. 2, not. 5, p. 263. — Si l'emprunteur n'a pas employé la chose à un autre usage, il n'est pas tenu du cas fortuit, quand même le prêt aurait été la cause occasionelle du dommage. Quand on ne peut reprocher aucune faute à qui que ce soit, *res perit domino.*

Pour que l'emprunteur soit tenu du cas fortuit, il faut que la chose ait péri parce qu'il en avait interverti l'usage. Ainsi, nous ne pensons pas que l'emprunteur soit responsable, si la perte fût également arrivée chez le prêteur.

A. Dalloz, prêt, n. 89.—Dans ce cas, il y a faute de sa part; il a méconnu les conditions auxquelles le prêt lui avait été consenti. (Pothier, prêt, n. 58, 60; Duranton, t. 17, n. 517).

N. 91. — Mais si la perte fût également arrivée chez le prêteur, quand même le prêt n'aurait pas eu lieu, et par conséquent quand même l'emprunteur n'aurait pas employé la chose pour un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, par exemple si le cheval prêté venait à périr d'une mort naturelle, nous pensons que l'emprunteur ne devrait pas supporter cette perte ; elle demeurerait à la charge exclusive du prêteur : le motif en est que la disposition de notre article, conforme à la loi 18, *ff*, *commod.*, est restreinte aux pertes survenues *par cas fortuit.* Or, le cas de mort naturelle d'un cheval ne doit pas être rangé au nombre des cas fortuits. D'autre part, la disposition de l'art. 1302 est générale et s'applique à tous les débiteurs de corps certains. (Duranton, t. 17, n. 520, 528 ; Pothier, prêt, n. 57 ; Delvincourt, t. 3, p. 197 et 406, notes.)

teurs du Code se sont écartés de la doctrine de Pothier. *V.* art. 1883, p. 25, note 2. (BUGNET).

[ARTICLE 1768.]

Boileux.—La seule échéance du terme convenu suffira-t-elle pour mettre les cas fortuits à la charge de l'emprunteur, ou faudra-t-il une mise en demeure ? L'emprunteur s'est mis de lui-même en demeure en ne remettant pas la chose au jour fixé (1139) : *dies pro homine interpellat.*

1768. Si la chose prêtée périt par un cas fortuit dont l'emprunteur pouvait la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré sauver la sienne, il est tenu de la perte.

1768. If the thing lent be lost by a fortuitous event from which the borrower might have preserved it by using his own, or if being unable to save both things he prefer to save his own, he is liable for the loss.

---

* *C. N.* 1882. } Si la chose prêtée périt par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre.

---

* *ff De commod., vel contrà, Liv.* 13, *tit.* 6, *L.* 5, § 4. } Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit : dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum recepit, nisi aliqua culpa interveniat. Proindè et si incendio, vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur : nisi fortè, cùm posset res commodatas salvas facere, suas prætulit. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Mais les détériorations arrivées à la chose prêtée par vieillesse ou maladie, ou la perte survenue parce que la chose a été enlevée avec

violence par des voleurs, ne doivent point être imputées à celui à qui la chose a été prêtée ; à moins qu'il n'y ait de sa faute. Ainsi, si la chose est détériorée ou même consumée par un incendie, une ruine, ou quelque événement fatal, celui à qui elle est prêtée ne sera point tenu de ces événemens ; si ce n'est qu'ayant pu conserver les choses prêtées, il n'ait préféré de sauver les siennes. (ULPIEN).

---

* *Cod. De commodat.*, *Liv.* 4, *tit.* 23, *L.* 1. } Ea quidem, quæ majore vi auferuntur, detrimento eorum, quibus res commodantur, imputari non solent : sed cùm is qui à te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis, ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur : præses provinciæ, si probaveris eum indemnitatem tibi promisisse, placitum conventionis implere eum compellet.

Datum 6 calend. junii ipsis, AA. Coss. (DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS.)

Ibidem. *Trad. de M. P. A. Tissot.* } Les choses qui sont détruites par une force majeure, ne peuvent être aux risques et périls de ceux à qui elles ont été prêtées à titre de commodat ; mais comme vous dites que celui à qui vous avez prêté en commodat un bœuf, a répondu en le recevant des risques de le perdre, et des événemens futurs que les incursions des ennemis faisaient craindre, le président de la province, si vous prouvez qu'il vous ait promis une indemnité dans le cas que ces craintes se réaliseraient, le forcera à remplir ses engagemens.

Fait le 6 des cal. de juin, sous le cons. des mêmes emper. (DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1767.

---

* *Story* (*Schouler*), *Bailments*, § 246 *à* 253. } § 246. Three cases are put by Pothier, and may readily be imagined : first, where the thing borrowed is of greater

value than the borrower's own property; secondly, where the things are each of the same kind and value; thirdly, where the borrower's own property is of the greatest value. Pothier decides each of the cases against the borrower, admitting the last to be of chief difficulty. His reasoning on the last case is to this effect. It is true, that the borrower cannot be reproached with any want of fidelity; but still the borrower undertakes for extraordinary diligence ("Tenetur adhibere exactissimam diligentiam"); and by the nature of his contract he engages for all risks, except losses occasioned by the *vis major*. "Præstat omne periculum, præter casus fortuitos, seu vim majorem." Now that alone is deemed to be *vis major* which cannot be resisted: "Vis major, cui reristi non potest." Although the borrower could not save both his own and the borrowed goods, yet he could have saved the latter at the expense of his own; and therefore they could not be said to be lost by the *vis major*. He admits that it would be otherwise, where the tumult is such that the borrower has no choice, and saves what comes to his hands first, without any opportunity to exercise his judgment.

§ 247. It may seem rash to doubt the accuracy of the reasoning or conclusions of such distinguished minds, backed, as they are, by the positive text of the Roman law. And, if the question were one of a practical nature, it might be fit to abstain from any commentary. But, as it is scarcely more than a speculative proposition, it may not be wholly useless to lay before the reader some considerations for doubt upon the point.

§ 248. It is observable, that the question is not stated by the learned jurists, as one of presumptive evidence, fit for the decision of a court or of a jury, as judges of the facts; but as a clear conclusion of law. If the thing borrowed is of very great value, such as a casket of jewels, and the thing saved is of little proportionate value, there might be some foundation for a presumption of undue preference for the latter, and of undue inattention to the former. That, how-

ever, would be matter of fact, to be weighed under all the circumstances. But the case, as put, goes much farther, and decides that even if the borrower's own property is of very great value, nay, of the highest value, and the borrowed property is of a very subordinate value, the law is the same; and, *à fortiori*, it is the same if they are of equal value. It is chiefly in relation to the case of the superior value of the borrower's property that the reasoning is pressed; and to that our doubts may be now confined.

§ 249. The question, in our law at least (and it would seem, also, in the Roman law), is, whether the borrower has been guilty of slight negligence, which, of course, is the omission of very exact diligence; for without that he is not liable at all. The loss is confessedly by an "*inevitable mischance*" (for so Sir William Jones and Pothier put it); and, in such a case, no responsibility can attach upon the borrower, unless there has been some neglect on his own part. It is not true, as Pothier suggests, that the borrower is responsible for all losses, not occasioned by the *vis major*, or by fortuitous occurrences. Losses by theft without any default of the borrower, and losses of all sorts, where he exercises the proper degree of diligence, are to be borne by the lender. It is not necessary to show that the loss has been absolutely fortuitous, or by the *vis major*, in a strict sense. It is sufficient to show that there has been no negligence whatsoever in occasioning the loss. The question, then, is, whether there is any negligence in the case thus presented. It is not, of course, sufficient to show, as Pothier suggests, that the borrower has taken as good care of the borrowed goods as of his own; for that is not the extent of his obligation, it being for very exact diligence. But if the party does, in fact, use very exact diligence in respect to his own goods, then, if he uses the same diligence in regard to the borrowed goods, his obligation is fully complied with. Now, if a man, in a case of fire, saves of his own goods those which are pre-eminently valuable, it would be against common sense to say that he

did not use the utmost diligence in respect to others, when it was impossible for him to save them all. The very case put by Pothier supposes that it is impossible to save both the lender's and the borrower's goods. In a case, then, confessedly of extreme necessity, the borrower is made responsible for an exercise of his natural right of choice. He saves the most valuable goods, which would seem to be a rational course; and yet he is bound to pay for the loss of the other goods. Pothier does not pretend, that, in such a case, there is any real negligence imputable to the borrower. His reasoning implies that there is none. But he assumes (what he does not prove), that, if the thing borrowed could by possibility have been saved, at however great a sacrifice, the borrower is bound to make that sacrifice. Nay, the reasoning of Pothier and Sir William Jones would almost tempt one to suppose that they thought, that, if in such a case the borrower might have saved the borrowed goods by abandoning his own, and he should leave both to perish in the flames, he might be excusable. Yet this cannot be, if there is any negligence in the case arising from the mere fact of leaving the borrowed goods to perish. If a party suffers his own goods to perish in the flames, it is no excuse for suffering the borrowed goods to perish in the same manner. It may afford some presumption against negligence, especially if the borrower's own goods are of a very superior value. But, if he might have saved the borrowed goods by uncommon diligence, there is no excuse for him in point of law.

§ 249 *a*. Both Pothier and Sir William Jones reason differently in the case of a deposit under the like circumstances. After having remarked, that a depositary is only bound to the same measure of diligence which he uses in his own affairs, Sir William Jones adds: "It must, however, be confessed that the character of the individual depositary can hardly be an object of judicial discussion. If he be *slightly* or even *ordinarily* negligent in keeping the goods deposited, the favorable presumption is, that he is equally neglectful of his

own property. But this presumption, like all others, may be repelled. And, if it be proved, for instance, that, his house being on fire, he saved his own goods, and, having time and power to save also those deposited, suffered them to be burned, he shall restore the worth of them to the owner. If, indeed, he have time to save only one or two chests, and one be a deposit, the other his own property, he may justly prefer his own; unless that contain things of small comparative value, and the other be full of much more precious goods, as fine linen, or silks; in which case he ought to save the more valuable chest, and has a right to claim indemnification from the depositor for the loss of his own. Still further: if he commit even a gross neglect in regard to his own goods, as well as those bailed, by which both are lost or damaged, he cannot be said to have violated good faith, and the bailor must impute to his own folly the confidence which he reposed in so improvident and thoughtless a person." Precisely the same doctrine is maintained by Pothier. He admits that in the case of a deposit, under similar circumstances, if the depositary cannot save his own goods, as well as those deposited, he may innocently save his own in preference to those deposited. If, indeed, the deposited goods are of far greater value than his own, he thinks the depositary is bound to save those deposited, even if thereby his own perish; but then he insists, that in such a case he is entitled to be indemnified by the depositor for his own loss.

§ 249 *b*. The true test of liability in all cases of this sort would seem to be, to ascertain whether there is any negligence in not saving the borrowed goods; and whether there is any superior duty of the borrower to save them and sacrifice his own. Unless there is some such superior duty, it is difficult to perceive what ground there is to impute negligence to the borrower in so calamitous a case. The case put of a depositary shows that he is guilty of no negligence or default in saving his own goods in preference to those of the depositor. When he saves the latter, it is treated as a sacri-

fice beyond his duty, entitling him to a compensation in the nature of salvage.

§ 250. But it is not true, that a borrower is bound to make every possible sacrifice in order to save the borrowed goods. If a man borrows a friend's horses and carriage for a journey, he is not bound to carry with him a troop of horse to guard them against a possible robbery; nor is he bound to protect them at the risk of his own life, or to the imminent hazard of his own person, or of other valuable property. If, finding himself unexpectedly beset by robbers, and not knowing their force, he abandons the horses and carriage, and he escapes with his servants, not choosing to hazard the possible chances of resistance, partly because he has very valuable treasures with him, and partly from fear of assassination, can he be held responsible for the loss, if there was a fair and honest exercise of judgment, and it was such conduct as a very diligent and careful man would adopt? If a house is on fire, is a man bound to risk his life or limbs to save borrowed goods, even if, in the event, from unforeseen circumstances, or by great steadiness of purpose, it is possible, nay, practicable, so to do? No doctrine has as yet gone to this extent. The reasoning, then, which we have been considering, turns upon a supposed superior duty, in a common calamity or accident, to save that which is borrowed in preference to that which is one's own, whatever may be the value of the latter compared with the former. But the whole controversy turns upon the very question, whether there is any such superior duty. It is not to be assumed, and then reasoned from. It must be established as a just inference from the principles of law applicable to the subject.

§ 251. The doctrine of our law is, that, in every case of a gratuitous loan, to charge the borrower, there must be some neglect of duty, some slight omission of diligence. If the highest possible diligence cannot save both the borrowed goods and the goods of the borrower, where is the rule to be found which prescribes the choice in such a case, and com-

pels a man to abandon his own for another's? Principles going much deeper into human feelings and morals and rights, have not insisted on such an overwhelming sacrifice of personal preference. If two men are on a plank at sea, and it cannot save both, but it may save one, it has never yet been held, that, in a common calamity and struggle for life, either party was bound to prefer the other's life to his own. If a ship is capsized at sea, and the ship's boat is sufficient to save a part of the crew only, is there a known duty to prefer a common destruction of all to the safety of a part? If the crew of a foundered ship are dying from hunger at sea, are all to perish, or may they not cast lots for life or death, to preserve the rest? These cases are put merely to show, that, in a common calamity, the law does not look to mere heroism, or chivalry, or desinterested sacrifices. If it has furnished no rule for such cases, it is because they are incapable of any; for necessity has no law. And to say the least of it, the equity as well as the policy, of any such rule as Pothier contends for, is as questionable as any which can be put in the dialectics of casuistry. The Code of France and the Code of Louisiana have, however, adopted the doctrine of Pothier; and have thus given it a sanction, which may, perhaps, be thought sufficient to silence any private doubts.

§ 252. Another exception may arise, where there is a special contract between the parties. As, if the borrower undertakes for all perils, he will become chargeable for any loss, covered by his engagement, although he would not be otherwise chargeable; for there is a sufficient consideration to support such an engagement. In this respect the Roman and the foreign law are in perfect accordance with the common law. For the lender has certainly a right to prescribe his own terms as to the loan; and if the borrower assents to them, and the loan is perfected by a delivery, there is neither equity nor justice in obsolving him from the terms of his engagement, to the injury or detriment of the lender.

§ 253. Another curious question has been much discussed

by the civilians, which Pothier mentions, and Sir William Jones has also commented on, as properly belonging to this head. It is, whether, in the case of a valued loan, or where the goods are estimated at a certain price, the borrower must be considered as bound, at all events, to restore either the things lent, or the value of them. The controversy has grown out of some texts of the Pandects, in one of which it is said: "Si forte res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo, qui æstimationem se præstaturum recepit;" and in another place: "Æstimatio autem periculum facit ejus, qui suscepit." The civilians have entertained different opinions upon this subject; but it seems unnecessary to state them a large. Pothier has given a very clear summary of them, and holds the better opinion to be, that the borrower is not in such a case responsible for losses by accident.

§ 253 *a*. In the common law the controversy would turn wholly upon the construction of the words of the particular contract. The mere estimation of a price would not, of itself, settle the point, whether the borrower took upon himself every peril, or any additional perils, beyond the common rules of law. But it would be construed as a mere precaution to avoid dispute in case of a loss, unless some other circumstances raised a presumption, that the parties intended something more. If the lender were to say to the borrower, on lending him a horse: "You know my horse it worth one hundred dollars, and you will be obliged to pay that sum, if he should be lost by any negligence; take, therefore, the proper care of him;" to which the borrower should assent; no one would imagine, that, if the horse died on the journey without any default of the borrower, he would by our law be liable to pay for the loss. But if the borrower were to say to the lender: "Lend me your horse to go to Oxford, and I will either return him to you or pay you his value, which is one hundred dollars," and the lender should assent; then it might justly be inferred, that he took the peril upon himself.

So that it would with us come to a matter of fact, what the contract was, rather than to a matter of law. Such is the opinion of Sir William Jones. Pothier holds a like opinion, and supports it with strong reasons. It is not of any great importance to perplex ourselves with questions of this nature, as they seem purely speculative, since a case can scarcely be imagined, where some circumstance, giving a construction one way or the other, would not be found to explain the reason for fixing the price. The Code of France (art. 1883) and the Code of Louisiana (art. 2872) have solved the difficulty by a positive declaration, that, if the article is valued on the lending, the loss which may happen even by accident shall be that of the borrower, if there is no agreement to the contrary. The fixing of a price, therefore, is thus interpreted to raise a presumption of a contract on the part of the borrower against all risks, which, however, he may repel by other proofs.

1769. Si la chose se détériore par le seul effet de l'usage pour lequel elle est prêtée, et sans la faute de l'emprunteur, il n'est pas tenu de la détérioration.

1769. If the thing deteriorate by the use alone for which it is lent and without fault on the part of the borrower, he is not liable for the deterioration.

---

* *C. N.* 1884. } Si la chose se détériore par le seul effet de l'usage pour lequel elle a été empruntée, et sans aucune faute de la part de l'emprunteur, il n'est pas tenu de la détérioration.

---

* *ff De commod. vel contrà, L.* 10 *in pr. et L.* 23. } *L.* 10. Eum qui rem commodatam accepit, si in eam rem usus est in quam accepit, nihil præstare, si eam in nulla parte

culpa sua deteriorem fecit, verum est: nam si culpa ejus fecit deteriorem, tenebitur. (ULPIANUS).

L. 23. Si commodavero tibi equum, quo utereris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneberis commodati : nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit. (POMPONIUS).

Ibidem. } *L.* 10. Celui à qui une chose a été prê-
Trad. de M. Hulot. } tée, n'est obligé à rien outre la restitution de la chose, s'il l'a employée à l'usage convenu, et s'il ne l'a détériorée dans aucune de ses parties par sa faute : car il est obligé lorsque la chose a été détériorée par sa faute. (ULPIEN).

L. 23. Si je vous ai prêté un cheval pour vous en servir jusqu'à un certain endroit, et que ce cheval, sans faute de votre part, souffre quelque détérioration le long du chemin, vous n'êtes point obligé envers moi à cet égard par l'action du prêt ; car je dois m'imputer à moi-même de vous l'avoir prêté pour faire un si long voyage, lorsqu'il ne pouvoit pas souffrir cette fatigue. (POMPONIUS).

Vinnius, *Comm. Inst.*, *liv.* 3, } Mutuum est contractus, quo
tit. 15, *n°* 1, *p.* 598. } res, quæ pondere, numero, mensura constant, alicui ita dantur, ut ejus fiant ea lege, ut is quandoque reposcenti creditori tantundem ex eodem genere reddat. Constituitur mutum non solo ac nudo consensu, sed rem intervenire ac tradi oportet, puta pecuniam numerari, etc. quod Paulus sic expressit, *mutuum non potest esse, nisi pecunia proficiscatur. l.* 2. §. 3. *de reb. cred.* Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra, quam datum est, obligatio contrahi possit ; veluti si tibi dederim decem, ut undecim reddas, non amplius quam decem condici poterunt, *l.* 11. §. 1. *eod. tit. l. si tibi.* 17. *de pact.* Quod si simpliciter convenerit, ut tibi certam pecuniæ summam mutuo darem, hæc conventio mutuum non est, sed nuda pactio, nec nomen, nec SUNALAGMA habens, ac proinde nec eum, qui se daturum promisit, extra stipula-

tionem, jnre civili obligat. *per vulgat.* Planè, si pecunia apud aliquem jam sit, verbi gratia ex causa depositi, potest ea utida voluntate transferri, et converti in causam mutui fictione brevis manus. *l.* 9. §. *ult. de reb. cred.* In hoc igitur causam efficientem simul rei gerendæ formam communem cernere licet. Illud notandum, mutuum non semper accipi pro ipso contractu, sed sæpè etiam pro re mutuo data : quod etiam accidit deposito, commodato, pignori.

Lahaie, sur art. 1884 *C. N.* } *Pandectes françaises.*—Cela est vrai, quand même la chose serait devenue incapable de servir; comme si vous m'avez prêté, pour faire un long voyage, un cheval qui n'était pas capable d'en supporter la fatigue.

Delvincourt, t. 2, not. 2, p. 264. — En consentant au prêt, le prêteur a consenti à courir le risque des détériorations ou dégradations que pourrait occasionner l'usage de la chose. Mais il faut que ce soit un usage ordinaire, tel qu'un bon père de famille ferait de sa propre chose. — Autrement, si la chose est détériorée par le fait de l'emprunteur, il est tenu du dommage *:* et si elle n'est plus susceptible d'être employée à son usage ordinaire, le prêteur peut la lui abandonner, et se la faire payer intégralement.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Prêt à usage*, *n*° 36 *et s.*, *et n*° 69. } 36. Lorsque le lieu où la chose prêtée doit être rendue, est exprimé par la convention, c'est en ce lieu qu'elle doit être rendue.

Lorsque les parties ne s'en sont point expliquées, la chose prêtée doit être rendue au prêteur en sa maison ; à moins que, par la destination du prêteur, la chose n'eût coutume d'être dans un autre lieu, *putà*, dans une de ses maisons de campagne, d'où le prêteur l'a retirée pour la prêter ; auquel cas elle doit être rendue au lieu où elle a coutume d'être.

37. Si, depuis le prêt, le prêteur avait transféré sa demeure très loin, l'emprunteur ne serait pas obligé de lui rendre la chose prêtée ailleurs qu'au lieu où était la demeure du prêteur lors du prêt ; car ce n'est que dans ce lieu qu'il a entendu s'obliger de la rendre. La translation de la demeure du prêteur dans un autre lieu, est un fait qui lui est étranger, et qui ne doit pas l'obliger, pour la restitution de la chose prêtée, à plus qu'il n'a entendu s'obliger.

Par exemple, si je vous ai prêté mon cheval à Orléans, pour faire le voyage de Reims, et que, pendant votre voyage, j'aie été nommé à un emploi à La Rochelle, pour lequel j'aie été obligé d'y transférer ma demeure; de retour de votre voyage, vous n'êtes pas obligé de me rendre mon cheval ailleurs qu'à Orléans : vous devez seulement me donner avis de votre retour, et attendre mes ordres, ou pour me renvoyer à mes frais le cheval à La Rochelle, ou pour le vendre à Orléans pour mon compte.

Si la nouvelle demeure du prêteur était peu éloignée de celle où la chose a été prêtée, l'emprunteur à qui elle est connue, doit être obligé de rendre la chose au prêteur en sa nouvelle demeure : il aurait mauvaise grâce à dire qu'il ne s'est obligé de la rendre qu'au lieu où était la demeure du prêteur lors du prêt, et qu'il n'a pas prévu que le prêteur changerait de demeure ; car la nouvelle demeure en étant peu éloignée, on doit présumer qu'il avait, lors du prêt, non pas à la vérité une volonté formelle et explicite, mais une disposition de volonté d'y rendre la chose, s'il eût prévu le changement de demeure : d'ailleurs celui qui a reçu un bienfait, ne doit pas être écouté à chicaner son bienfaiteur.

38. La chose prêtée doit être rendue en l'état auquel elle se trouve. Si elle se trouvait détériorée, l'emprunteur n'est pas tenu des détériorations, à moins qu'elles ne proviennent de quelque faute de sa part, ou des personnes dont il est responsable (1).

(1) *V.* art. 1884, C. civ. Même disposition (BUGNET).

Mais si la détérioration provient du fait d'une autre personne, que l'emprunteur n'a pu prévoir ni empêcher, il n'en est pas plus tenu que de celles qui proviennent des accidents de force majeure. C'est ce qu'enseigne Julien, en la loi 19, ff. *Commod. Ad eos qui servandum aliquid conducunt, aut utendum accipiunt, damnum injuriâ ab alio datum non pertinere procul dubio est : quâ enim curâ aut diligentiâ consequi possumus, ne aliquis damnum nobis injuria det ?*

39. L'emprunteur n'est pas même tenu des détériorations qui seraient un effet inévitable de l'usage pour lequel la chose a été prêtée ; car le prêteur, en la prêtant pour cet usage, a implicitement consenti de souffrir ces détériorations.

Par exemple, si j'ai prêté ici à Orléans, à un marchand un manteau neuf, pour s'en servir pendant un voyage qu'il a à faire à Leipzig ; quoique ce manteau, lorsqu'il me le rendra au retour de son voyage, ne se trouve pas de même valeur qu'il était lorsque je le lui ai prêté, je ne pourrai pas m'en plaindre, parce qu'en le lui prêtant pour faire ce long voyage, j'ai consenti à la détérioration de mon manteau, qui en était un effet inévitable.

Pomponius rapporte cette autre exemple : Je vous ai prêté mon cheval pour aller dans un certain lieu fort éloigné. Si, sans aucune faute de votre part, la fatigue du voyage a déprécié mon cheval, vous n'en êtes pas tenu ; car c'est plutôt moi qui suis en faute, de n'avoir pas connu de quoi mon cheval était capable, et de vous l'avoir prêté pour faire un voyage qui était au-dessus de ses forces : *Ego in culpâ ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit ;* L. 23, ff. *eod. tit.*

69. Les objets accessoires de l'action *commodati directa*, sont, 1° la condamnation des dommages et intérêts du prêteur, auxquels l'emprunteur doit être condamné lorsque la chose prêtée se trouve détériorée par sa faute. Ces dommages et intérêts font partie de l'obligation que l'emprunteur contracte par le contrat de rendre la chose prêtée ; car ce n'est pas satisfaire pleinement à cette obligation que de la rendre

détériorée : *Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita quæ deterior facta redditur, nisi quod interest præstetur ; propriè enim dicitur res non reddita quæ deterior redditur ;* L. 3, § 1, ff. *Commod.*

Ce qui doit s'entendre, lorsque c'est par la faute de l'emprunteur qu'elle a été détériorée ; car, lorsqu'elle a été détériorée sans sa faute, il ne doit être condamné à aucuns dommages et intérêts, comme nous l'avons vu *suprà*, nº 55.

Voy. *Pothier*, *Prêt à usage,* nº 55, cité sur art. 1766.

1770. L'emprunteur ne peut pas retenir la chose pour ce que le prêteur lui doit, à moins que la dette ne soit pour dépense nécessaire encourue pour la conservation de la chose.

1770. The borrower cannot retain the thing lent for a debt due to him by the lender, unless such debt is for expenses necessarily incurred in the preservation of the thing.

---

* *C. N.* 1885. } L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit.

---

* *ff. De commod. vel contrà,* *Liv.* 13, *tit.* 6, *L.* 18, § 2. } Possunt justæ causæ intervenire, ex quibus cum eo qui commodasset, agi deberet, veluti de impensis in valetudinem servi factis, quæve post fugam requirendi, reducendique ejus causa factæ essent : nam cibariorum impensæ, naturali scilicet ratione, ad eum pertinent, qui utendum accepisset. Sed et id quod de impensis valetudinis, aut fugæ diximus, ad majores impensas pertinere debet : modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum, ad eundem pertineant. (Gaius).

Ibidem. } On peut avoir de justes raisons pour
Trad. de M. Hulot. } intenter l'action contraire du prêt contre celui qui a prêté, par exemple, pour lui demander les dépenses qu'on a faites dans la maladie d'un esclave, ou pour le chercher et le ramener après qu'il avoit pris la fuite : car il est naturel que les dépenses de la nourriture soient aux frais de celui à qui l'esclave a été prêté. Ce que nous disons même des dépenses à l'occasion de la maladie ou de la fuite d'un esclave, doit s'entendre des grandes dépenses ; car les menus frais doivent concerner celui à qui l'esclave est prêté, aussi bien que les dépenses de nourriture. (GAIUS).

---

* *Cod. De commod.,* } Prætextu debiti restitutio commodati
Liv. 4, *tit.* 23, *L.* 4. } non probabiliter recusatur.

Datum 12 calend. decembris ipsis, AA. Coss. (DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS).

Ibidem, } On ne peut, sous le prétexte d'une
Trad. de M. P. A. Tissot. } dette, refuser la restitution de ce qui a été donné en commodat.

Fait le 12 des cal. de décemb., sous le même consulat. (DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN).

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Prêt à usage,* } 40. Le principal moyen
n° 40 *et s., et n*° 82. } que peut opposer celui à qui une chose a été prêtée, pour se défendre de la rendre, c'est celui qui résulte de ce que, sans aucune faute de sa part, il a cessé de l'avoir, soit qu'elle soit périe par quelque accident de force majeure, soit qu'elle lui ait été ravie.

Sur les fautes dont est tenu l'emprunteur, et sur les cas de force majeure dont il n'est pas tenu (1) ; *V.* l'art. suivant.

Suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations,* n° 656, *in fine*, l'emprunteur qui se défend par ce moyen de rendre la chose qui lui a été prêtée, est tenu de justifier l'accident de force majeure qu'il prétend avoir causé la perte de la chose.

(1) *V.* art. 1882, C. civ. (BUGNET).

41. L'emprunteur est surtout déchargé de l'obligation de rendre au prêteur la chose prêtée, lorsqu'il est en état de justifier qu'il l'a rendue à celui qui est venu la quérir de la part du prêteur, quand même elle ne serait pas parvenue au prêteur ; car l'emprunteur, en la rendant à cette personne, est censé l'avoir rendue au prêteur lui-même, suivant cette règle de droit : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset ;* L. 180, ff. *de Reg. jur.*

C'est ce qu'enseigne Ulpien, en la loi 12, § 1, ff. *Commod. Commodatam rem missus qui repeteret, quum recepisset, aufugit. Si dominus ei dari jusserat, domino perit.*

Au reste, l'emprunteur doit bien prendre garde si la personne qui vient demander la chose prêtée, a ordre de la recevoir ; car, si cette personne n'était envoyée que pour avertir l'emprunteur de la rendre, et que l'emprunteur la lui remit, il n'en serait pas déchargé envers le prêteur, si la chose ne lui parvenait pas ; *eod.*, § 1.

42. Un second moyen que peut opposer l'emprunteur, non pour se dispenser entièrement de rendre la chose, mais pour la retenir quelque temps, c'est celui qui résulte de ce qu'il ne peut la rendre incontinent, sans s'exposer à un grand dommage, nous en avons parlé *suprà*, nº 26.

43. Un troisième moyen est celui qui résulte des impenses qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été prêtée, dont il a la répétition ; car il a droit de retenir la chose jusqu'à ce que le prêteur l'ait remboursé de ces impenses. L'emprunteur a cela de commun avec tous ceux qui ont fait des impenses pour la conservation d'une chose qui se trouve en leur possession, qu'ils ont un droit de retention de cette chose, pour s'en faire rembourser, la chose étant censée obligée par lesdites impenses, *veluti quodam pignoris jure.* Voy. *infrà*, ch. 3, quelles sont les impenses dont il a la répétition (1).

(1) Il y a aujourd'hui le même motif d'accorder la rétention au commodataire, car il aurait un privilége sur la chose. *V.* art. 2102, § 3°, C. civ. (BUGNET).

44. Il n'en est pas de même de ce que le prêteur me doit pour quelque autre cause que ce soit : je ne puis pas retenir pour ce qu'il me doit, la chose qu'il m'a prêtée, ni me dispenser de la lui rendre aussitôt que je m'en suis servi à l'usage pour lequel il me l'a prêtée. C'est ce que décident Dioclétien et Maximien (1) : *Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur ;* L. *fin.* Cod. *Commodati.*

La raison est que, suivant les principes que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, n° 530, sur la matière de la compensation, on ne peut opposer de compensation contre la dette d'un corps certain, telle qu'est la dette de la restitution de la chose prêtée.

Mais si, faute par l'emprunteur de pouvoir la rendre, parce qu'elle serait périe, ou aurait été perdue par sa faute, la dette s'était convertie en une dette de dommages et intérêts liquidés à une somme d'argent, elle serait susceptible de compensation, de même que les autres dettes de sommes d'argent.

45. Il y a des circonstances dans lesquelles l'emprunteur ne doit pas rendre la chose à celui qui la lui a prêtée au moment qu'il la redemande, mais où il en doit différer la restitution. Supposons, par exemple, qu'une personne m'a prêté ses pistolets chargés pour un voyage. Au retour de ce voyage, le prêteur, en sortant d'avoir une grosse querelle, vient, tout enflammé de colère, me la raconter, et me redemander ses pistolets. Si j'ai lieu de soupçonner que le prêteur, que je connais pour un homme violent, en veut faire un mauvais usage, je dois attendre, pour les lui rendre, que ces mouvements de colère soient passés.

46. L'emprunteur ne peut pas, pour se dispenser de rendre la chose prêtée, opposer au prêteur qu'elle ne lui appartient pas : car, tant qu'elle n'est pas réclamée par un tiers, entre les mains de l'emprunteur, le prêteur est en droit de la répéter, quand même il l'aurait volée (2) ; L. 16, ff. *Commod.*

(1) *V.* art. 1885, C. civ. (BUGNET).

(2) *V.* cependant pour le cas du dépôt, l'art. 1938, C. civ., 2e alinéa. (BUGNET.)

Mais si elle était arrêtée entre les mains de l'emprunteur par quelqu'un qui s'en prétend le propriétaire, ou qui se prétend créancier du prêteur, l'emprunteur doit dénoncer l'arrêt au prêteur, et ne rendre la chose que lorsque le prêteur aura obtenu mainlevée de l'arrêt.

Quoique la personne à qui la chose a été volée, ne l'ait pas encore arrêtée entre les mains de l'emprunteur ; lorsque l'emprunteur vient à en avoir connaissance, il doit, avant que de rendre la chose à celui qui la lui a prêtée, avertir cette personne que la chose est entre ses mains, afin qu'elle puisse l'arrêter : car, l'obligation qu'il a contractée de la rendre à celui qui la lui a prêtée, doit céder à l'obligation de la rendre à celui à qui elle appartient. C'est ce que les lois décident à l'égard du dépositaire, comme nous le verrons *infrà ;* et leur décision reçoit une entière application à l'emprunteur, y ayant une entière parité de raison.

47. Enfin l'emprunteur et ses héritiers ne peuvent opposer aucune prescription de temps pour se dispenser de rendre la chose prêtée, lorsqu'elle se trouve en leur possession, quand même il y aurait plus de trente ans que le prêt en eût été fait : car la possession en laquelle quelqu'un est d'une chose, est toujours censée continuer au même titre auquel elle a commencé, tant que le contraire ne paraît pas, suivant la règle, *Nemo potest ipse sibi mutare causam possessionis suæ.* L'emprunteur ayant une fois commencé à avoir la possession de la chose à titre d'emprunt, lui et ses héritiers sont toujours censés continuer de l'avoir à ce titre ; et cette possession à titre d'emprunt, en laquelle ils sont censés être, réclame perpétuellement pour la restitution de la chose, qui doit être faite à celui qui l'a prêtée, ou à ses successeurs (1).

(1) Cette doctrine est généralement suivie : cependant, il faut avouer que les termes si généraux et si formels de l'art. 2262, C. civ., peuvent faire naître des doutes : car, après trente ans, le contrat de commodat peut-il être invoqué par le commodant, comme cause et principe de son droit ? Pourrait-il encore demander l'exécution des obligations qui en

Mais si la chose prêtée n'était plus pardevers l'emprunteur ou ses héritiers, l'action du prêteur serait sujette à la prescription ordinaire de trente ans, à laquelle sont sujettes les autres actions.

82. L'emprunteur, pour le remboursement qui lui est dû des impenses extraordinaires qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été prêtée, a un privilége sur cette chose pour ces impenses : il a même le droit de la retenir, *veluti quodam pignoris jure*, jusqu'à ce que le prêteur qui demande la restitution de sa chose, les lui ait remboursées, comme nous l'avons vu *suprà*, nº 43.

---

* *Troplong, Du Prêt, sur art.* 1885 *C. N.* } 127. Notre article refuse au commodataire le droit de rétention sur la chose prêtée. Cette disposition est tirée d'un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien (1). L'obligation de restituer la chose prêtée est si étroite, que l'emprunteur ne peut se refuser à la rendre, sous prétexte qu'il est créancier du prêteur (2). C'est d'ailleurs un principe général que celui qui a prêté une somme sans exiger de gage ne peut s'en donner un *ex post facto*, et retenir de son chef la chose du débiteur, sur laquelle il n'a pas de droit réel (3).

128. Si cependant le commodataire avait fait des impenses pour améliorer ou conserver la chose prêtée, il pourrait user du droit de rétention jusqu'à concurrence de ce qui lui serait dû de ce chef. J'ai cité dans mon *Commentaire des hypothèques* les autorités sur lesquelles s'appuie cette propo-

naissaient ? ne peut-il, au contraire, l'invoquer que pour établir le vice de la possession du commodataire.

Tout cela est peu satisfaisant. (BUGNET).

(1) L. ult., C., *commod.*

(2) Doneau a commenté ce texte et traité ces questions (in Cod., l. ult., *commod.*, t. VIII, p. 11 et suiv.)

(3) Doneau, *loc. cit.*, nº 5. Voyez, dans mon *Comm. des Hypothèques*, ma dissertation sur le droit de rétention, nº 258.

sition (1) ; j'y ajoute ici celle de Doneau (2). La raison en

(1) *Loc. cit.*, n° 259. Notamment Vinnius, *Quæst. selectæ*, lib. I, c. V ; Pothier, nos 43 et 82.

Add. *Junge* Despeisses, *commod*, § 5, n° 2 ; Toullier, t. VII, n° 384 ; Delvincourt, *loc. lit.* ; Rolland de Villargues, *Prêt à usage*, n° 29 ; Mazerat sur Demante, n° 614 ; Deleurie, n° 11213.

Voyez en outre *Revue des Revues de droit*, t. III et VII, les articles de Rauter sur le droit de rétention.

Duvergier combat aussi Duranton ; il dit, n° 92 : « Malgré ces raisons, je pense que l'emprunteur peut retenir la chose prêtée, tant qu'il n'est pas payé des dépenses qu'il a faites pour sa conservation.

« De tout temps, les frais faits pour la conservation d'une chose ont été privilégiés. Le code civil n'a fait à cet égard que maintenir les anciens principes ; et l'on a toujours reconnu que, pour assurer l'exercice de son privilége, le créancier a le droit de retenir la chose conservée. D'une part, il serait souverainement injuste que le propriétaire de la chose, ou ses créanciers, en profitassent avant que celui par qui elle a été conservée, sans qui elle n'existerait pas, ait été complétement indemnisé. D'un autre côté, en faisant des dépenses pour la conservation d'une chose, on forme en quelque sorte une chose nouvelle, composée de ce qui subsiste de la première et de ce qui a été ajouté aux dépens du conservateur. Il est donc raisonnable de reconnaître une sorte de copropriété entre le maître de la chose et celui qui l'a conservée, et d'en assurer les effets pour celui-ci, en lui conférant le droit de rétention.

« Pourquoi cette règle ne serait-elle pas applicable à l'emprunteur ?

« Sa position personnelle et la nature du contrat de prêt ôtent-elles quelque chose de leur force aux raisons qui viennent d'être indiquées ? Il est impossible de le prétendre.

« Le silence de la loi ne peut donc seul enlever à l'emprunteur un droit fondé sur les principes généraux.

« Le texte qui attribue expressément ce droit au dépositaire, et l'argument *a contrario* qu'on en tire, sont impuissants pour faire refuser à l'emprunteur ce qui est accordé à quiconque prévient la ruine de la chose d'autrui, en dépensant son argent.

« D'ailleurs, il faut bien remarquer que les art. 1947 et 1948 ne se bornent pas à accorder au dépositaire le droit de garder le dépôt, jusqu'au remboursement des avances qu'il a faites pour sa conservation ; ils vont plus loin.

« L'art. 1947 dit que le déposant est tenu d'abord de rembourser au

(2) Sur la loi dernière au C., *commod*, nos 6 et 7.

est que ces impenses créent un droit réel qui affecte la chose, et permettent de la saisir. Voet (1) n'a soutenu le contraire qu'en se fondant sur un motif de sentiment, lequel ne saurait prévaloir contre un principe de droit aussi certain et aussi raisonnable.

dépositaire les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose déposee, et ensuite de l'indemniser de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées.

" L'art. 1948 ajoute que le dépositaire peut retenir le dépôt *jusqu'à l'entier payement de ce qui lui est dû, à raison du dépôt.*

" Il résulte du rapprochement de ces articles que le dépositaire a un droit de rétention jusqu'au payement, non-seulement des dépenses faites pour conserver la chose, mais aussi des pertes que le dépôt lui a causées, et en général de tout ce qui lui est dû à raison du dépôt.

" Je n'entends pas que l'emprunteur puisse réclamer les mêmes avantages, et que toutes ses créances contre le prêteur aient pour garantie le droit de rétention. Ce droit, à mon avis, ne lui appartient que pour assurer le remboursement des dépenses dont la conservation de la chose a été l'occasion. Ce qui peut lui être dû à d'autres titres, et même à raison du préjudice que lui auraient causé les défauts de la chose prêtée, constitue une créance ordinaire, non privilégiée, et qui ne le dispense point de restituer la chose prêtée au terme convenu.

" Cette distinction est importante en elle-même ; elle devait être clairement indiquée. Elle montre d'ailleurs que le législateur a pu garder le silence sur la rétention en matière de prêt, puisqu'il ne voulait rien ajouter aux règles générales ; et qu'il a dû s'expliquer formellement, au titre *du Dépôt*, afin de conférer au dépositaire le droit de retenir la chose déposée, dans des cas où, selon les principes ordinaires, ce droit ne lui appartiendrait pas." Op. conf. de Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 323.

Demante, n° 614, semble professer une opinion contraire lorsqu'il dit : " Remarquons, au surplus, qu'il n'était pas besoin d'une disposition particulière pour exclure ici la compensation légale, qui ne s'applique point aux dettes de corps certains. La loi a donc probablement une autre intention, celle de refuser en général le droit de retenir en nantissement jusqu'au paiement."

(1) *Ad Pand., commod.*, n° 20 ; suivi par Duranton, t. XVII, n° 538.

Add. C'est aussi le sentiment de Pothier, n° 43, qui croit devoir combattre Duranton à l'endroit cité, parce que l'emprunteur reçoit un service, tandis que le dépositaire en rend un ; motif pour lequel ce dernier a le droit de rétention (art. 1948).

129. A part ce cas, non-seulement le commodataire ne peut retenir la chose prêtée sous prétexte de sommes à lui dues par le prêteur, mais il ne peut opérer de compensation entre ce que lui doit le prêteur et la valeur de la chose prêtée. Par exemple, je vous prête mon cheval qui vaut 600 fr. ; à l'expiration du temps convenu, vous ne me le rendez pas, et je vous actionne en justice. Or, vous, à qui je dois 600 fr., pourrez-vous demander au juge de compenser le doit et l'avoir, et de vous laisser propriétaire du cheval ? Non ! commencez par rendre ; sans quoi, vous me forceriez à vous faire une vente malgré moi (1). Inutile d'ajouter que la compensation n'a lieu qu'entre créances liquides, et qu'on veut faire entrer un corps certain en balance avec une somme d'argent. Le mot compensation n'est pas pris ici dans son sens rigoureux.

130. Si le prêt consistait en choses fongibles données *ad ostentationem*, cas qui mettrait en présence des sommes liquides, et où le mot de compensation se prendrait à la lettre, il faudrait encore dire que l'emprunteur ne pourrait se dispenser de rendre la chose. L'art. 1293, n° 3, du code civil est formel.

131. *Quid* si la chose prêtée avait péri par suite d'une faute, cas auquel le commodataire ne serait redevable que de la valeur ? Dans ce cas la compensation pourrait être opposée (2). L'emprunteur, en effet, cesse d'être redevable d'un corps certain, car ce corps certain a péri. Il n'est plus redevable que d'une somme d'argent liquide, qui, par conséquent, se compense avec ce que doit le prêteur.

132. Delvincourt croit cependant que l'article 1293, n° 2, n'a été fait que pour défendre la compensation dans ce cas

(1) Doneau sur la loi ult., C., *de commodato.*

(2) Doneau sur la loi ult., C., *de commod.* ; Pothier, n° 44 ; Toullier, t. VII, n° 383. Code prussien, 1re partie, tit. XXVI, sect. VI, n° 363.

Add. Op. conf. de Zachariæ, § 392 ; de Mazerat sur Demante, n° 614 ; de Duranton, n° 537, où il dit : " Car par là il exécute le jugement comme s'il payait réellement cette somme, le prêteur étant obligé de la lui rendre de suite pour satisfaire à sa propre obligation."

particulier où tous les auteurs s'accordent à l'admettre. Singulière opinion que l'auteur cherche à justifier de la manière suivante (1): Il n'y a de compensation possible qu'entre des choses fongibles (art. 1291 du code civil). Or, le prêt à usage ne comprend pas des choses de ce genre, à moins qu'il ne soit fait *ad pompam*. Mais ce cas est si rare, qu'on ne peut supposer que le législateur en ait été préoccupé. Il a donc voulu prévoir quelque chose de plus réel et de plus sérieux. Or, en cherchant avec attention, on ne trouve qu'une espèce à laquelle se prête la disposition de l'art. 1293, n° 2: c'est celle où la chose prêtée a péri et où le commodataire est débiteur de sa valeur (2).

(1) T. II, notes, p. 178; t. III, notes, p. 408 et 409.

(2) Add. Cette argumentation de Delvincourt et sa réfutation sont présentées avec plus de détail par Duvergier, n° 91: " L'emprunteur ne peut pas retenir la chose prêtée, dit-il, en compensation de ce que le prêteur lui doit (art. 1885 du code civil).

" La même règle est écrite au titre *des Contrats*. L'art. 1293 porte que la compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou de l'autre des dettes, excepté dans le cas: 1°...; 2° de la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage.

" Ces dispositions semblent d'abord inutiles; car il n'y a que les choses fongibles qui soient susceptibles de compensation (art. 1291 du code civil); et l'on sait que les choses fongibles ne peuvent pas, en règle générale, être l'objet d'un prêt à usage.

" Frappé de cette réflexion, Delvincourt a cru que l'art. 1885 n'est pas fait pour le cas où la chose prêtée existe; qu'il prévoit celui où la chose a péri, et qu'il prohibe la compensation entre l'indemnité que doit alors l'emprunteur et les sommes dont il peut être créancier envers le prêteur.

" Il faut bien, dit-il, donner un sens à l'art. 1293, n° 2. Or, il est certain qu'en l'appliquant au cas où la chose existe, ce serait faire dire au législateur une absurdité, ou au moins une inutilité, puisqu'en supposant même que cet article n'existe pas, la compensation ne pourrait davantage avoir lieu à l'égard du corps certain qui est nécessairement l'objet du commodat. Cet article ne peut donc être entendu, comme nous l'avons déjà dit, que du cas où la chose n'existant plus, le prix en est dû par le commodataire.

" Je sais bien, poursuit-il, que le prêt à usage peut quelquefois avoir

On voit que cette argumentation ne prend une couleur qu'en niant la prévision légale d'un cas que tous les jurisconsultes ont soigneusement noté, que la pratique réalise

" lieu pour des choses fongibles ; *puta*, quand elles sont prêtées *ad pom-*
" *pam vel ostentationem ;* mais ce cas-là est si rare, qu'il n'est pas pro-
" bable que ce soit celui que le législateur a eu en vue dans l'article
" 1293. Enfin l'opinion contraire faciliterait la fraude. L'emprunteur
" vendrait ou détournerait la chose pour se procurer le moyen de com-
" penser. Or, *nemo ex dolo suo debet consequi emolumentum.*"

" Delvincourt donne encore d'autres raisons pour justifier sa doctrine; il fait remarquer que le commodat est un pur contrat de bienfaisance de la part du prêteur. " Or, dit-il, *nemini suum officium debet esse damno-*
" *sum.* On ne peut donc faire tourner contre le prêteur le service qu'il a
" voulu rendre : ce qui arriverait cependant, si l'emprunteur pouvait,
" sous le prétexte qu'il a des créances à exercer contre le prêteur, le
" priver de sa chose au delà du terme fixé par la convention. Or, il y a
" parité de motifs dans le cas proposé. Le prix représente ici la chose ;
" il est donné au prêteur pour qu'il puisse s'en procurer une pareille. Si
" la compensation peut lui être opposée, il faudra donc qu'il soit privé de
" sa chose, ce qui serait contre l'équité et contre l'intention du législa-
" teur."

" Toullier (t. VII, n° 383) n'adopte pas cette opinion. " Dés lors, dit-il,
" que les choses fongibles et même l'argent peuvent être l'objet d'un
" prêt à usage, lorsque ce prêt est fait *ad pompam et ostentationem*, il
" n'est plus nécessaire, pour donner un sens à l'art. 1293, n° 2, d'en for-
" cer les termes pour l'appliquer au cas où, la chose prêtée ayant péri,
" l'emprunteur est tenu d'en rendre la valeur. Dans ce cas, comme l'en-
" seigne fort bien Pothier, *Traité du Prêt*, n° 43, l'obligation de l'em-
" prunteur est convertie en une dette de dommages et intérêts liquidés à
" une somme d'argent, et susceptible de compensation de même que les
" autres dettes de somme d'argent."

" Toullier reconnait toutefois, avec Delvincourt, que l'art. 1885 présente un vice de rédaction, puisque la compensation ne peut avoir lieu qu'à l'égard des créances de choses fongibles. " Mais, ajoute-t-il, l'em-
" prunteur, sous le prétexte que le prêteur lui doit d'ailleurs une somme
" liquide, peut-il, jusqu'à ce qu'il soit payé, se refuser à la restitution de
" la chose prêtée, et la retenir comme une sorte de gage, quoiqu'elle ne
" lui ait été confiée qu'à titre de prêt ? C'est cette question que résout
" négativement l'article 1885, dont la disposition est tirée de la loi der-
" nière au Cod., *commod. Prætextu debiti restitutio commodati non pro-*

souvent (1), et qui a lieu quand le commodat a pour objet des choses fongibles prêtées *ad pompam !* Ne nous étonnons donc pas qu'en partant de cette base contraire à l'expérience, Delvincourt soit arrivé à une solution contraire aux principes. Comment, d'ailleurs, le texte de l'article 1292, nº 2, ne lui montre-t-il pas qu'il ne s'agit pas dans cet article de la demande en indemnité d'une chose périe, mais bien de la *demande en restitution* d'une chose existante (2) !

132. 2° (3).

132. 3° (4).

" *babiliter recusatur.* Il faudra donc corriger la rédaction et dire: " L'emprunteur ne peut pas retenir la chose prêtée, *sous le prétexte* que " le prêteur lui doit, ou en gage de ce que le prêteur lui doit." (T. VII, nº 384).

" Cette explication est aussi claire que juridique. Elle montre que l'emprunteur ne peut ni compenser ses créances contre le prêteur avec la chose prêtée, ni retenir la chose prêtée en garantie de ses créances."

(1) *Suprà,* n° 35.

(2) *Junge* Toullier, t. VII, nº 383.

(3) Add. *L'emprunteur qui vendrait ou détournerait la chose prêtée pour parvenir à compenser les dommages-intérêts dont il serait tenu, avec les sommes que lui devrait le prêteur, ne serait pas admis à la compensation.*—Duvergier, nº 93, justifie ainsi cette proposition: " Delvincourt soutient, comme on vient de le voir, que la compensation ne peut pas avoir lieu entre la dette de l'emprunteur, condamné à payer la valeur de la chose prêtée qui a péri, et les créances qu'il a contre le prêteur. Il se fonde, entre autres motifs, sur ce que la doctrine contraire favoriserait la fraude. " L'emprunteur, dit-il, vendrait ou détournerait la chose pour " se procurer le moyen de compenser." La seule possibilité d'une pareille combinaison ne peut justifier, ainsi que je l'ai déjà dit, l'opinion de Delvincourt. Mais si l'on parvenait à établir que l'emprunteur a, en effet, vendu ou détourné la chose prêtée, pour se constituer débiteur de dommages-intérêts, et parvenir ainsi à se payer, par voie de compensation, des sommes qui lui sont dues par le prêteur, les magistrats devraient déjouer ses calculs et lui refuser la compensation, parce que la fraude fait exception à toutes les règles."

(4) Add. *La loi mettrait-elle obstacle à la compensation facultative ? Si, par exemple, l'emprunteur était créancier, à son choix, d'une chose*

[ARTICLE 1771.]

1771. Si pour pouvoir se servir de la chose l'emprunteur a fait quelque dépense, il n'a pas droit de la répéter.

1771. If in order to use the thing the borrower have incurred expense, he is not entitled to recover it from the lender.

---

* *C. N.* 1886. } Si, pour user de la chose, l'emprunteur a fait quelque dépense, il ne peut pas la répéter.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1770.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Prêt à usage*, *n*° 81. } 81. *Seconde espèce.* — Une seconde espèce d'obligation que le prêteur contracte envers l'emprunteur, c'est celle de rembourser l'emprunteur des impenses extraordinaires qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été prêtée.

L'emprunteur est bien tenu des impenses ordinaires qui sont une charge naturelle du service que l'emprunteur tire de la chose qui lui a été prêtée, mais il n'est pas tenu des extraordinaires. La chose prêtée continuant d'appartenir au prêteur, et d'être à ses risques, c'est lui qui doit supporter ces impenses ; et l'emprunteur qui les a faites, en a la répé-

du même genre que la chose prêtée, ne pourrait-il pas opposer la compensation?—Mazerat sur Demante, n° 614, répond : " L'article 1885 n'est que la répétition de l'article 1293 ; il a voulu dire tout simplement que l'emprunteur ne peut pas retenir la chose prêtée, comme gage de ce qui lui est dû ; car cette chose n'étant pas fongible, il est évident que la compensation ne peut pas avoir lieu, cela n'a pas besoin d'être dit. D'après ce, je pense que si, par exemple, l'emprunteur était créancier, à son choix, d'une chose du même genre que la chose prêtée, il pourrait opposer facultativement la compensation. En effet, s'il préfère cette objet, rien de plus juste que de l'autoriser à le garder ; il pourrait bien le redemander de suite *identiquement.*"

tition contre le prêteur, à moins qu'elles ne fussent modiques (1).

Par exemple, si je vous ai prêté mon cheval pour faire un voyage, vous êtes obligé de le nourrir et de l'entretenir de fers à vos dépens, cette dépense ordinaire étant une charge de la jouissance que vous en avez. Mais s'il lui est survenu pendant le cours du voyage, une maladie qui ait duré un temps considérable, les dépenses faites pour cette maladie, sont des dépenses extraordinaires dont vous devez avoir la répétition contre moi.

Il en est de même si le cheval vous ayant été ravi par des voleurs, vous avez fait des frais pour faire courir après les voleurs qui emmenaient le cheval, et pour le ramener : ces frais sont une dépense extraordinaire, dont vous avez la répétition. Si néanmoins le cheval n'avait été malade qu'un jour ou deux, et n'eût eu besoin que de quelques petits remèdes peu coûteux, ou si les voleurs ayant abandonné le cheval, il ne vous en eût coûté qu'une bagatelle que vous avez donnée à ceux qui l'ont ramené, vous ne seriez pas reçu à rien demander au prêteur pour cela. C'est ce que nous apprenons de Gaïus en la loi 18, § 2, dans une espèce à peu près semblable, qui est l'espèce de prêt qui a été fait d'un esclave : *Possunt justæ causæ intervenire ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet; veluti de impensis in valetudinem servi factis, quæve post fugam, requirendi reducendique ejus causâ, factæ essent; nam cibariorum impensæ naturali scilicet ratione ad eum pertinent qui utendum accepisset... sed et id quod de impensis valetudinis aut fugæ diximus, ad majores impensas pertinere debet; modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eum pertineant*

Par la même raison, si je vous ai prêté une chambre pour l'occuper, vous êtes tenu, de même qu'un locataire, des réparations locatives ; mais je suis chargé de toutes les autres.

(1) *V.* art. 1886 et 1890, C. civ. (BUGNET).

[ARTICLE 1771.]

Lahaie, sur art. 1886 C. N. } *Domat*, Lois civiles, liv. 1, tit. 5, sect. 3, n. 4.— Les dépenses nécessaires pour user de la chose empruntée, comme la nourriture, le ferrage d'un cheval prêté, sont dues par celui qui emprunte. Mais s'il survient d'autres dépenses, comme pour faire panser le cheval d'un mal arrivé sans la faute de celui qui l'a emprunté, celui qui a prêté sera tenu de ces sortes de dépenses, si ce n'est qu'elles fussent si légères, que l'usage tiré de la chose y oblige celui qui l'avait empruntée. Pandectes françaises, Duranton, t. 17, n. 539, Pothier, prêt, n. 81, même opinion.

Troplong, Du Prêt, sur art. 1886 *C. N.* } 133. L'usage de la chose prêtée nécessite quelquefois des dépenses ; le bon sens indique qu'elles sont à la charge de l'emprunteur (1), par une obligation tacite qui n'a pas eu besoin d'être exprimée (2) ; car, enfin, si ce dernier se servait de la chose prêtée sans les faire, il commettrait un abus, un excès ; il serait coupable de négligence, et la détérioration que la chose éprouverait retomberait sur lui.

Par exemple, je vous ai prêté ma voiture pour aller à Nancy, et pendant le trajet un écrou vient à manquer : la dépense nécessaire pour cette réparation est une charge du service que vous rend la chose prêtée, et c'est vous qui devrez la faire.

Je vous prête mon cheval pour vous transporter à plusieurs lieues de votre domicile : vous devez pourvoir à sa nourriture, à son logement, aux dépenses de ferrage pendant qu'il sera à votre service (3). Que deviendrait, en effet, la chose prêtée si vous ne vous occupiez pas de pourvoir à de telles nécessités ? Comment pourrait-elle remplir le service que

(1) Pothier, n° 81.

(2) Pomponius dit très-bien : "*Plerumque accidit, ut extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur.*" L. 13, § 2, Dig., *commod.*

(3) Domat, *loc. cit.* Pothier, n° 81.

vous exigez d'elle ? C'est pour cela que Caius décidait (1) que la nourriture de l'esclave prêtée tombe sur l'emprunteur : " *Nam cibariorum impensæ*, NATURALI SCILICET RATIONE, *ad eum pertinent, qui utendum accipisset.*" Ce sont des frais nécessaires qui, comme le dit Accurse (2), sont compensés par les services que rend la chose prêtée, et ne sauraient être répétés (3).

134. Telle est la pensée de notre article. Il a voulu reproduire ces principes de raison de l'ancien droit français et des lois romaines. Et il ne faudrait pas croire, en s'attachant mi-

(1) L. 18, § 2, D., *commod.*

(2) Arg. de la loi 30, § 1, D., *de ædilit. edicto* (Paul, 1 *ad edict. curril.*).

(3) *Junge* Favre sur cette loi.

Add. Duvergier, n° 77, entre, sur l'explication du principe, dans les détails suivants : " Cette obligation de faire certaines dépenses d'entretien est généralement reconnue par les auteurs ; mais ils n'en déterminent pas avec précision l'étendue. Plusieurs parmi les modernes paraissent croire qu'elle est imposée par un texte formel du code civil. La seule disposition qui puisse être considérée comme faisant à l'emprunteur un devoir d'entretenir la chose prêtée, est celle de l'art. 1886, ainsi conçu : " Si, pour user de la chose, l'emprunteur a fait quelque dépense, il ne " peut la répéter." Or, cette règle, prise littéralement, diffère, sous un double rapport, de celle que les jurisconsultes ont formulée. En effet, l'article du code veut que, si les dépenses ont été faites pour user de la chose, elles ne puissent être répétées ; ce n'est pas dire précisément que l'emprunteur est obligé de les faire. D'un autre côté, il peut y avoir des dépenses ordinaires d'entretien, qui ne soient pas nécessaires pour user de la chose. Ainsi, de ce que les dépenses nécessaires pour rendre l'usage possible seraient imposées à l'emprunteur, on ne devrait pas conclure qu'il est tenu de toutes les dépenses ordinaires d'entretien.

" Le texte ne fournit donc point une solution précise. Que faut-il dès lors conserver de la doctrine des auteurs ?

" Je l'ai déjà dit, elle manque de netteté ; elle n'est pas d'ailleurs établie sur des motifs qui puissent diriger dans l'application. Elle a été puisée dans la loi 18, § 2, ff. *comm.*, qui, comme la plupart des lois romaines, résout une espèce et ne crée point une théorie. Il est dit dans ce texte que les dépenses causées par la maladie d'un esclave qui a été prêté, que celles qui ont été faites pour le poursuivre et le saisir s'il a pris la fuite, sont à la charge du prêteur ; qu'au contraire, il est raison-

minutieusement aux mots dont il s'est servi, qu'il n'a eu en vue que le cas spécial où l'emprunteur a déboursé la dépense, et qu'il laisse indécis le cas où il s'est abstenu de le faire. Comparez-le, en effet, avec l'art. 1890, et bientôt vous apercevrez que s'il défend à l'emprunteur de répéter ces dépenses qu'il a faites, c'est uniquement parce qu'il le consi-

nable et naturel que l'emprunteur supporte les frais de nourriture ; que, même pour les dépenses occasionnées par la maladie, il faut distinguer, et les mettre à la charge du prêteur si elles sont considérables, et les faire payer par l'emprunteur si elles sont modiques.

" Pothier adopte ces décisions. Le principe auquel il les rattache est que l'emprunteur est tenu des impenses ordinaires, qui sont une charge naturelle du service que l'emprunteur tire de la chose qui lui a été prêtée ; et qu'il n'est pas tenu des extraordinaires.

" Mais qu'est-ce qu'on doit regarder comme *une charge naturelle du service que rend la chose prêtée ?* Cela n'est pas dit : c'est précisément ce qu'il est indispensable de savoir.

" Dira-t-on que l'obligation imposée à l'emprunteur, de veiller en bon père de famille à la conservation de la chose prêtée, donne la mesure exacte des dépenses auxquelles il est assujetti ?

" Ce serait lui imposer des charges dont évidemment il n'est pas tenu. Un bon père de famille doit fournir à toutes les dépenses qui sont nécessaires à la guérison de son esclave, et l'on reconnaît unanimement que l'emprunteur n'est pas obligé de les faire toutes.

" La difficulté reste donc entière, et l'opinion de Pothier n'en donne ni n'en prépare la solution.

" Domat ne s'est pas borné à reproduire et à paraphraser la loi romaine ; il a senti qu'il était nécessaire de caractériser nettement les dépenses auxquelles est assujetti l'emprunteur, et il l'a fait en disant que " si, pour user de la chose empruntée, on est obligé à quelque dépense, " celui qui l'emprunte en sera tenu."

" La règle, ainsi posée, a toute la clarté, toute la précision désirable. Les dépenses que doit supporter l'emprunteur sont parfaitement désignées. Ce sont celles qu'il faut faire pour user de la chose, sans lesquelles l'usage serait impossible ou nuisible."

Suivent les examples donnés par Troplong.

" Cette charge, dit Demante, nº 616, quoique énoncée ici parmi les engagements de l'emprunteur, ne doit pas se confondre avec une obligation ou engagement proprement dit."

dère comme tenu de les faire. En un mot, ce n'est pas seulement d'un fait accompli que se préoccupe l'art. 1886, il sert aussi de règle pour ce qui aurait dû être fait et ne l'a pas été : il n'y a à cet égard ni vague, ni incertitude (1).

135. Mais comment déterminer par une mesure invariable quelles sont ces dépenses nécessaires pour user de la chose, dépenses qui sont autres que celles dont s'occupe l'art. 1890 du code civil ? Les circonstances en décident, et c'est à la sagesse du juge à les apprécier (2).

Par exemple, au moment de partir pour un voyage que je dois faire avec un cheval qui m'a été prêté, je m'aperçois que cet animal a une plaie que la route aggraverait, si un médicament n'était employé pour le soulager. Ou bien encore, ce cheval est saisi de tranchées qui retardent mon départ, mais qu'une médecine calmera. Dans ces deux cas, et autres semblables, les frais de ces médicaments resteront à ma charge ; ils sont nécessités par une circonstance passagère, dans un moment où j'ai à me servir de la chose prêtée, et où je ne pourrais pas en user en bon père de famille si je ne faisais cesser ce contre-temps. Peu considérables d'ailleurs, ils sont en proportion de l'accident, qui est une simple indisposition et non une maladie. C'est donc avec raison qu'en pareille

(1) Add. Op. conf. de Duvergier, n° 78, où il dit : " Quoique le code n'ait pas reproduit les termes du principe posé par Domat, il est conçu dans le même esprit."

(2) Mantica, *De tacit. et ambiguis cont.*, lib. IX, tit. II, n° 6.

Add. Duranton, n° 539, les laisse à la charge du prêteur. " Les dépenses faites pour la conservation de la chose, dans quelque cas extraordinaire et d'urgence, lui doivent être remboursées, comme nous le dirons sur l'art. 1890."

O. Leclercq, t. VI, p. 339, dit sur le principe de l'article 1886 : " Il n'en est pas du prêteur comme du bailleur. Le prêteur ne reçoit rien, l'emprunteur doit donc supporter les dépenses que la chose exige pour qu'il puisse en faire usage ; il peut la rendre, s'il ne peut s'en servir comme elle est, lorsqu'elle lui est livrée. Le prêteur ne s'engage pas à faire ces réparations ; sa chose peut lui convenir dans l'état où elle est, le bienfait ne peut jamais être onéreux au bienfaiteur."

concurrence Caius refuse toute action pour répéter la dépense : " *Modica impendia verius est, ut sicuti cibariorum, ad* " *eumdem pertineant* (1)."

136. Mais si le cheval tombait malade chez moi d'une maladie qui exigeât un long traitement et des dépenses coûteuses de conversation, il en serait tout autrement. Le prêt laisse la propriété de la chose sur la tête du prêteur; c'est donc à ce dernier à pourvoir aux dépenses qui s'appliquent plutôt à la conservation de la propriété qu'à l'exercice de l'usage de la chose prêtée. Cette distinction ressort de l'art. 1890, et elle avait été faite par Caius (2). Ce jurisconsulte, en effet, cite, parmi les dépenses que le prêteur doit prendre à son compte, les frais de maladie de l'esclave prêté, ainsi que ceux qui sont nécessaires pour sa recherche et sa conduite quand il a pris la fuite ; mais il a soin de faire remarquer que ce dont il s'agit ici, ce sont des dépenses plus considérables que celles dont nous parlions tout à l'heure ; *ad majores impensas pertinere debet.* Les grosses dépenses sont de conservation ; elles ne regardent pas l'emprunteur. Celui-ci n'est tenu que des dépenses plus légères qui se rapportent au simple usage.

137. Bartole a pensé, d'après Cynus et autres interprètes plus anciens, que Caius ne mettait à la charge de l'emprunteur ces petites dépenses (*modica impendia*) que parce que le juge ne doit pas s'occuper de bagatelles trop minimes, *quia de minimis non curat judex* (3). Tel n'est pas le principe auquel il est évident que Caius se rattache. Ce jurisconsulte ne classe les impenses en grandes et petites que parce que les premières touchent à la conservation, les secondes à l'usage. C'est ainsi que, dans la matière du louage, on distingue les réparations en grosses qui sont au compte du bailleur, et en menues qui sont au compte du preneur (4). L'importance

(1) L. 18, § 2, D., *commod.*

(2) *loc. cit.*

(3) Sur la loi 18, § 2, D., *commod.*

(4) Mon *Comm. du Louage,* nos 175 et 173.

des impenses n'est prise en considération que parce qu'elle est un indice de la cause qui l'a rendue nécessaire.

138. Au nombre des dépenses que l'emprunteur supportera, mettons, avec Pothier (nº 81), les réparations locatives. En effet, comment le commodataire n'en serait-il pas chargé, lui qui reçoit la chose gratuitement, tandis que le locataire, qui paye pour en user, les a cependant à sa charge (1)?

1772. Si plusieurs ont emprunté conjointement la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur.	1772. If several persons conjointly borrow the same thing, they are jointly and severally obliged toward the lender.

---

* *C. N.* 1887. } Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur.

---

* *ff. De commod. vel contrà, Liv.* 13, *tit.* 6, *L.* 5, § 15, *et L.* 21, § 1. } *L.* 5, § 15. Si duobus vehiculum commodatum sit, vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto diges-

(1) Add. Op. conf. de Duvergier, nº 79, où il dit : " Pothier enseigne que les réparations locatives sont à la charge de l'emprunteur, par la raison que ces réparations sont en général considérées comme une charge naturelle de la jouissance des lieux.

" En s'attachant au principe que je propose de substituer à cette doctrine, il faudrait distinguer les réparations qui sont nécessaires pour user de la chose, de celles qui ne le sont pas, et mettre seulement les premières à la charge de l'emprunteur. Mais les dégradations locatives sont, on le sait, considérées comme étant le résultat d'un usage abusif. On a supposé, pour prévenir des débats incessants entre le bailleur et le locataire, que c'est la faute de celui-ci qui cause certaines légères dégradations, et par ce motif on l'oblige à les réparer. Il est raisonnable de régler, par la même présomption, les rapports du prêteur et de l'emprunteur. Ce dernier, détenteur à titre gratuit, aurait mauvaise grâce de se plaindre qu'on le soumette à la loi sous laquelle sont placés les détenteurs à titre onéreux." Op. conf. de Deleurie, nº 11214.

torum, quæri posse, utrum unusquisque eorum insolidum, an pro parte teneatur? Et ait duorum quidem insolidum dominium, vel possessionem esse non potest : nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere : usum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi uniuscujusque insolidum esse : neque enim minus me uti, quod et alius uteretur. Verum in vehiculo commodato, vel locato, pro parte quidem effectu me usum habere : quia non omnia loca vehiculi teneam. Sed esse verius ait, et dolum, et culpam, et diligentiam, et custodiam in totum me præstare debere : quare duo quodammodo rei habebuntur : etsi alter conventus præstiterit, liberabit alterum : et ambobus competit furti actio. (ULPIANUS.)

L. 21, § 1. In exercitu contubernalibus vasa utenda communi periculo dedi : ac deindè meus servus, subreptis his, ad hostes profugit : et posteà sine vasis receptus est. Habiturum me commodati actionem cum contubernalibus constat pro cujusque parte. Sed et illi mecum furti, servi nomine, agere possunt : quando et noxa caput sequitur. Et si tibi rem periculo tuo utendam commodavero, eaque à servo meo subripiatur, agere mecum furti possis servi nomine. (AFRICANUS).

Ibidem, *Trad. de M. Hulot.* } *L.* 5, § 15. Si on prête ou si on loue une voiture à deux personnes en même temps, Celse le fils écrit, au livre six du digeste, qu'on peut demander si chacune d'elle est tenue de l'action en entier, ou seulement pour moitié? Sur quoi il remarque que la propriété ou la possession d'une chose ne doit point en même temps appartenir à deux personnes en entier, et qu'on ne peut pas être propriétaire de telle partie d'un effet, mais seulement avoir dans le tout la propriété d'une portion par indivis. Néanmoins l'usage d'un bain, d'une promenade, d'un champ appartient à chacun en entier, parce que l'usage de l'un ne diminue pas celui de l'autre. S'il s'agit d'une voiture prêtée, ou louée à deux personnes, chacune a en effet l'usage de la moitié, car une seule ne remplit pas toute la capacité de la

voiture. Mais cependant il pense que chaque personne doit répondre en entier de la mauvaise foi, de la faute, du défaut de soin ou de garde dont il est résulté quelque tort au préjudice du maître de la voiture; en sorte que ces deux personnes seront comme deux débiteurs solidaires. Si l'une d'elles, actionnée à cet égard, paye la connamnation l'autre sera libérée; si la chose prêtée ou louée leur est volée, elles auront l'une et l'autre l'action pénale du vol. (ULPIEN).

L. 21, § 1 J'ai prêté à l'armée, à mes camarades des vases qui devoient servir à tous ceux qui demeuroient sous notre même temps, à nos risques communs. Mon esclave les a volés, et est passé chez les ennemis. Il est revenu ensuite sans les vases. Il est certain que j'aurai l'action du prêt contre chacun de mes camarades pour sa part; mais chacun a aussi contre moi l'action pénale du vol relativement au vol commis par mon esclave; parce que le délit de l'esclave le suit dans tous les états où il est. De même, si je vous ai prêté une chose pour être à vos risques, mon esclave venant à vous la voler, vous avez contre moi l'action pénale du vol (AFRICAIN).

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Prêt à usage*, *n°* 64 *et s.* } 64. Des obligations que l'emprunteur contracte envers le prêteur par le contrat de prêt, naît l'action *commodati* DIRECTA, qu'a le prêteur contre l'emprunteur.

Nous verrons sur cette action :

1° Contre qui elle procède;

2° Quels sont les objets de cette action.

65. Le prêteur a l'action *commodati directa* contre l'emprunteur et ses héritiers.

Lorsqu'il a prêté à deux ou à plusieurs personnes, peut-il intenter cette action contre chacune d'elles ?

Ulpien, en la loi 5, § *fin.*, dans l'espèce du prêt d'une voiture, qui avait été fait à deux personnes pour s'en servir à faire ensemble un voyage, décide que le prêteur peut intenter cette action solidairement contre chacune d'elles ; car,

quoique chacune d'elles n'ait occupé que sa place dans la voiture, et ne se soit servi de la voiture que pour sa part, il n'en est pas moins vrai que le prêteur a entendu prêter à chacune d'elles sa voiture entière, et par conséquent obliger chacune d'elles solidairement à la restitution de sa voiture entière.

Africanus, dans l'espèce de la loi 21, § 1, ff. *eod. tit.*, paraît décider au contraire, que, lorsqu'un prêt a été fait à plusieurs, chacun des emprunteurs n'est tenu que pour sa part : *In exercitu contubernalibus vasa utenda communi periculo dedi... habiturum me commodati actionem cum contubernalibus pro cujusque parte*, etc.

Hotoman, *Illust. quæst.* 19 ; Cujas, *Ad Afric.;* Duaren, *Ad tit. commod.*, cap. 8 ; Pacius, cent. 4, n° 14, et tous les autres interprètes, concilient cette loi 21 avec la loi 5, § *fin.* ci-dessus rapportée, en supposant, dans l'espèce de cette loi 21, une clause particulière " que les emprunteurs ne seraient chargés de la chose prêtée qu'en commun, chacun pour leur part ", et non solidairement, comme dans la thèse générale, et ils font résulter cette clause de ces termes de la loi 21, *communi periculo.*

66. Cette action étant une action divisible, la chose prêtée qui en est l'objet étant susceptible de parties, au moins intellectuelles, lorsque l'emprunteur a laissé plusieurs héritiers, chacun d'eux n'est tenu de cette action que pour la part dont il est héritier de l'emprunteur.

Cela est conforme aux principes sur la nature des obligations divisibles, que nous avons expliqués en notre *Traité des Obligations.*

Il y a néanmoins certains cas dans lesquels celui qui n'est héritier que pour partie, est tenu de cette action pour le total.

Le premier est lorsque la chose qui avait été prêtée au défunt, est, depuis sa mort, périe ou détériorée par le fait particulier de l'un de ses héritiers. Cet héritier, en ce cas, est tenu pour le total des dommages et intérêts du prêteur, ré-

sultant de cette perte ou détérioration ; car, quoiqu'un héritier ne soit tenu des obligations du défunt et des faits du défunt que pour la part dont il est héritier, il est tenu pour le total de son propre fait ; *Traité des Obligations*, n° 30.

Le second cas est lorsque la chose prêtée se trouve par devers l'un des héritiers ; le prêteur peut conclure contre lui pour le total à la restitution de la chose prêtée ; car, ayant la faculté de faire au prêteur la restitution de cette chose qu'il a par devers lui, il ne peut avoir de raison de s'en dispenser ; *Traité des Obligations*, n° 304.

67. Cette action étant une action purement personnelle, ne peut avoir lieu que contre l'emprunteur qui a contracté l'obligation d'où elle naît, et contre ses héritiers. C'est pourquoi si l'emprunteur ou ses héritiers avaient diverti la chose prêtée, et l'avaient vendue à un tiers, le prêteur n'aurait pas cette action contre ce tiers ; mais comme il conserve la propriété de la chose prêtée, il aurait l'action de revendication contre ce tiers chez qui la chose se trouverait.

68. Le principal objet de l'action *commodati* DIRECTA, est la restitution de la chose prêtée.

Si l'emprunteur, condamné sur cette action à rendre la chose prêtée, l'a par devers lui, et refuse de la rendre, le juge doit l'y contraindre *manu militari*, en permettant au prêteur de la saisir par le ministère d'un sergent, et de l'enlever.

Lorsque l'emprunteur ne peut rendre la chose qu'il a perdue, ou qui a péri par sa faute, il doit être condamné à en payer le prix, eu égard à ce qu'elle vaudrait au temps de la condamnation, suivant l'estimation qui en sera faite par experts qui auront connu la chose : *In hâc actione...rei judicandæ tempus quanti res sit observatur;* L. 3, § 2, ff. *Commod.*

L'emprunteur ayant payé au prêteur le prix de la chose prêtée qu'il a perdue, est subrogé aux actions du prêteur pour la revendiquer contre ceux qu'il en trouvera en possession ; et, en se la faisant délaisser, il en acquiert la propriété. C'est en ce sens qu'il faut entendre ce qui est dit en la loi 5, § 1 :

Si quis hâc actione egerit et oblatam litis æstimationem susceperit, rem offerentis facit: ce qui ne doit pas s'entendre en ce sens, *ut continuo rem ejus faciat, neque enim potest dominium citra traditionem transferri*, mais dans le sens que nous avons dit.

L'emprunteur qui a payé au prêteur le prix de la chose prêtée qu'il avait perdue, peut il, l'ayant depuis recouvrée, répéter le prix qu'il a payé en offrant de lui rendre la chose? — Non : l'emprunteur doit garder la chose, et en disposer comme bon lui semblera. Il n'est pas recevable à offrir de la rendre au prêteur, qui peut n'en avoir plus besoin, et s'être pourvu d'une autre.

69. Les objets accessoires de l'action *commodati directa*, sont, 1° la condamnation des dommages et intérêts du prêteur, auxquels l'emprunteur doit être condamné lorsque la chose prêtée se trouve détériorée par sa faute. Ces dommages et intérêts font partie de l'obligation que l'emprunteur contracte par le contrat de rendre la chose prêtée ; car ce n'est pas satisfaire pleinement à cette obligation que de la rendre détériorée : *Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita quæ deterior facta redditur, nisi quod interest præstetur; propriè enim dicitur res non reddita quæ deterior redditur;* L. 3, § 1, ff. *Commod.*

Ce qui doit s'entendre, lorsque c'est par la faute de l'emprunteur qu'elle a été détériorée; car, lorsqu'elle a été détériorée sans sa faute, il ne doit être condamné à aucuns dommages et intérêts, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 55.

70. Les docteurs agitent la question si le prêteur peut conclure, en ce cas, à ce que, pour les dommages et intérêts qui lui sont dus, l'emprunteur soit condamné à lui payer le prix entier de la chose, aux offres de la lui abandonner ; ou s'il peut seulement demander la somme dont on estimera que sa chose est dépréciée ?

Il faut, sur cette question, user d'une distinction. Lorsque la détérioration est considérable, et telle que le prêteur ne pourrait plus se servir commodément de la chose prêtée ;

comme si, par votre faute, le cheval que je vous ai prêté est devenu borgne, en ce cas, le prêteur peut exiger en entier le prix de la chose prêtée, en la laissant et l'abandonnant à l'emprunteur. Mais lorsque la détérioration est peu considérable, et n'empêche pas l'usage de la chose prêtée ; comme lorsque vous avez répandu de l'encre sur un livre que je vous avais prêté ; le prêteur ne peut, en ce cas, exiger autre chose que la somme dont la chose est dépréciée.

71. On fait encore une question à l'égard du chef de l'action *commodati*, qui a pour objet les détériorations de la chose prêtée, faites par la faute de l'emprunteur. On demande si, après que l'emprunteur la lui a restituée, et que le prêteur l'a reçue sans faire aucune protestation, il est encore recevable à intenter l'action *commodati* pour raison des dites détériorations ?

On a coutume de faire cette distinction, savoir que, si la détériorotion était apparente, et que le prêteur ait dû s'en apercevoir lorsque la chose lui a été rendue, il est non recevable à s'en plaindre. Mais s'il a pu ne pas s'en apercevoir, il peut assigner l'emprunteur pour raison des détériorations, pourvu qu'il le fasse peu de jours après ; car, s'il avait laissé passer un temps un peu plus considérable, il serait censé s'être contenté de l'état dans lequel la chose lui a été rendue ; Wissenbac, *ad hunc tit.*, n° 15.

72. 2° Un autre objet accessoire de l'action *commodati*, ce sont les dommages et intérêts que le prêteur a soufferts du retard apporté par l'emprunteur à la restitution de la chose prêtée. Lorsqu'il a été mis en demeure de la rendre, par une demande donnée contre lui après l'expiration du temps pour lequel la chose lui avait été prêtée, ces dommages et intérêts sont dus au prêteur, et il peut, par l'action *commodati*, conclure à ces dommages et intérêts, et y faire condamner l'emprunteur.

Quoique ce soit avant l'expiration du temps pour lequel la chose a été prêtée, que le prêteur a donné la demande, si c'est dans les cas rapportés *suprà*, nos 25 et 26, dans lesquels

il n'est pas tenu d'attendre l'expiration du temps pour lequel la chose a été prêtée, il peut encore conclure au paiement de ses dommages et intérêts résultant du retard apporté à la restitution de la chose, et y faire condamner l'emprunteur.

Le juge renvoie les parties pour régler ces dommages et intérêts par devant des personnes dont elles conviendront, ou quelquefois il les arbitre lui-même d'office.

A l'égard des dommages et intérêts que le prêteur a pu souffrir de la privation de sa chose, avant qu'il ait donné une demande judiciaire pour se la faire rendre, il n'y peut pas faire condamner l'emprunteur. Mais, dans le for de la conscience, l'emprunteur à qui le prêteur a demandé la restitution de sa chose, quoique extrajudiciairement, doit l'indemniser de ce qu'il a souffert de la privation de l'usage de sa chose depuis la demande qu'il en faite extrajudiciairement, pourvu qu'il eût droit de la faire.

73. Un troisième objet accessoire de cette action, est la restitution des fruits qui sont nés chez l'emprunteur, lorsque la chose prêtée était une chose frugifère. Par exemple, si on m'a prêté pour un certain temps une jument, et qu'elle ait pouliné chez moi, le prêteur peut conclure et me faire condamner par cette action à lui rendre la jument avec le poulain : *In deposito et commodato fructus quoque præstandit sunt* ; L. 38, § 10, ff. *de Usur.*

Pareillement, si celui à qui j'avais prêté une chose afin qu'il s'en servit pour son usage, l'a louée à un autre et en a retiré un loyer, ce loyer qu'il en a retiré est un fruit civil de ma chose, qui doit m'appartenir et qu'il doit me rendre, ne la lui ayant pas prêtée pour qu'il en retirât des loyers.

74. Enfin, on doit mettre au rang des objets de l'action *commodati*, la restitution de toutes les autres choses accessoires de la chose prêtée ; comme si on m'a prêté une jument accompagnée de son poulain qui la suivait, le prêteur conclura de même à la restitution du poulain.

Si ces choses accessoires se trouvaient détériorées par la faute de l'emprunteur ; comme il doit en avoir le même soin

que de celle qui fait l'objet principal du prêt, le prêteur conclura aussi par cette action aux dommages et intérêts résultant de ces détériorations.

Troplong, Du Prêt, sur art. 1887 *C. N.* } 139. Lorsque le prêt à usage a été fait à deux ou plusieurs personnes, le prêteur a une action solidaire contre chacune d'elles pour obtenir l'accomplissement des obligations comprises dans le commodat.

Les recueils de Justinien contiennent sur ce point de droit deux textes célèbres, dont l'apparente contrariété a fort occupé les interprètes. Ce sont la loi 5, § 15, D., *commod.*, empruntée au commentaire d'Ulpien sur l'édit du prêteur, et la loi 21, § 1, extraite du 8e livre des questions d'Africain. Dans l'espèce de la première décision, Ulpien suppose qu'une voiture a été prêtée à deux personnes, et il veut que chacune d'elles soit tenue *in solidum* des obligations du commodat. Dans l'espèce de la seconde, au contraire, de la vaisselle avait été prêtée à plusieurs, et Africain veut que chacun des emprunteurs ne soit tenu que pour sa part. Pour mettre ces deux solutions d'accord, les interprètes trouvent, dans l'hypothèse d'Africain, une clause particulière de laquelle ils font résulter que chacun ne s'était obligé que pour sa part (1).

Du reste, tout le monde s'accordait à reconnaître que le principe général était disposé dans la décision d'Ulpien qui se prononce pour la solidarité (2). C'est aussi le parti qu'a

(1) Cujas, *ad Afric.;* Favre, sur la loi 21, § 1 ; il cite les interprètes. Pothier, n° 65, d'après Hotoman, Duaren et Pacius. Voet, *ad Pand.*, tit. *Commod.*, n° 3.

Add. Mazerat sur Demante, n° 617, dit à ce sujet : " La loi 21, § 1, D., que l'on oppose à la loi 5, § 15, D., *commod.*, pose l'hypothèse où la chose prêtée est aussi employée à l'usage du prêteur, et où, par conséquent, il ne peut y avoir solidarité." Ainsi l'avait précédemment enseigné Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 322.

(2) Cujas, XXVI, observ. 26.

adopté le code civil en décrétant la solidarité de plein droit (1).

140. Il en est autrement quand le prêt n'a été fait qu'à une seule personne qui décède en laissant plusieurs héritiers. On suit alors les principes qui gouvernent les obligations divisibles ayant pour objet un corps certain (2), et particulièrement l'art. 1221, n° 2, et § final, du code civil (3).

(1) Art. 1202 du code civil.

Add. Op. conf. de Duranton, n° 540, où il ajoute : " Au lieu que si plusieurs ont prêté conjointement une chose qui leur était commune, ils ne sont pas solidairement tenus de l'obligation de rembourser à l'emprunteur les dépenses que celui-ci aurait faites pour la conservation de cette chose ; ils n'en seraient tenus chacun que pour une part égale à celle qu'ils auraient dans l'objet."

O. Leclercq., t. VI, p. 339, justifie ainsi le principe de la loi : " Lorsque plusieurs ont emprunté la même chose, ils s'en servent tous, l'usage entier est transféré à chacun ; vis-à-vis du prêteur, chaque emprunteur est comme s'il était seul ; la différence n'est relative qu'à l'emprunteur, qui ne peut pas faire un usage continuel de la chose ; mais il n'a pas besoin de s'en servir continuellement, puisqu'il s'est adjoint un autre pour emprunter ; il a cru, sans doute, que l'usage de son compagnon n'empêcherait pas le sien, et réciproquement · ainsi chaque emprunteur contracte, à l'égard du prêteur, la même obligation que s'il était seul ; ils sont donc débiteurs solidaires, ils sont solidairement responsables de la chose ; lorsqu'elle périt par la faute de l'un, l'autre n'est donc pas déchargé de son obligation ; mais celui qui n'a commis aucune faute ne devra point de dommages et intérêts ; enfin, ceux qui ont conjointement emprunté la même chose sont solidairement obligés, ils sont débiteurs solidaires d'un corps certain. Nous avons développé, plus haut, les obligations dont ils sont chargés." Op. conf. de Deleurie, n° 11216. Malleville, sur l'art. 1877, enseigne que la solidarité était exclue par la nov. 99, ch. 1.

(2) Pothier, n° 66 ; Toullier, t. VI, n. 750 ; Voet, n° 3.

(3) Add. " L'obligation solidaire n'est pas établie contre eux, dit O. Leclercq, t. VI, p. 340 ; cependant, comme l'objet de ce contrat est toujours un corps certain, l'obligation, à leur égard, est toujours indivisible."

On lit dans Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 323 : " Chacun d'eux n'est tenu que pour sa part, mais cependant l'un d'eux ne peut être libéré en offrant sa part, qu'autant que les autres offriraient en même temps la leur. Le principe que chacun des héritiers n'est tenu que pour sa part,

[ARTICLE 1773.]

SECTION III.

DES OBLIGATIONS DU PRÊTEUR.

1773. Le prêteur ne peut retirer la chose, ou troubler l'emprunteur dans l'usage convenable qu'il en fait, qu'après le terme couvenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée, sauf néanmoins l'exception contenue en l'article qui suit.

SECTION III.

OF THE OBLIGATIONS OF THE LENDER.

1773. The lender cannot take back the thing, or disturb the borrower in the proper use of it, until after the expiration of the term agreed upon, or, if there be no agreement, until after the thing has been used for the purpose for which it was borrowed; subject nevertheless to the exception declared in the next following article.

---

* *C. N.*, 1888. } Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de

souffre exception dans les deux cas suivants : Si l'un d'eux a la chose dans son lot, il peut être assigné seul, sauf son recours contre ses cohéritiers. Article 1221, nº 4." Op. conf. de Duranton, nº 543.

" Si la chose a péri par le fait de l'un d'eux, celui-là seul est tenu. L. 48, § 1, ff. *de leg.* 1º." Op. conf. de Duranton, nº 543.

Deleurie dit, nºˢ 11216 et 11217: " L'obligation de l'emprunteur était bien indivise en sa personne, mais elle est divisible de sa nature, la chose prêtée étant susceptible de parties au moins intellectuelles. En conséquence, elle se divise dans la succession de l'emprunteur, et chacun de ses héritiers n'en est tenu que pour sa part.

" L'un des cohéritiers ne peut être sujet à l'action du prêteur que dans deux cas : celui où la chose a péri par sa faute, et celui où cette chose se trouve en ses mains."

Duvergier, nº 103, applique aussi à ce cas les principes qui régissent les obligations divisibles ayant pour objet un corps certain.

convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée.

---

* *ff. Commod. vel contrà,* *Liv.* 13, *Tit.* 6, *L.* 17, § 3. } Sicut autem voluntatis, et officii magis quàm necessitatis est commodare, ita modum commodati, finemque præscribere, ejus est qui beneficium tribuit. Cùm autem id fecit (id est, postquàm commodavit), tunc finem præscribere, et retroagere, atque intempestivè usum commodatæ rei auferre, non officium tantùm impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem, et ideo invicem propositæ sunt actiones : ut appareat, quod principio beneficii ac nudæ voluntatis fuerat, converti in mutuas præstationes, actionesque civiles : ut accidit in eo qui absentis negotia gerere inchoavit : neque enim impunè peritura deseret. Suscepisset enim fortassis alius, si is non cœpisset : voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, *ut debitor mihi caveret,* non rectè facies importunè repetendo. Nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deindè protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris : adjuvari quippe nos, non decipi, beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium judicium utile esse dicendum est. (Paulus).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } Comme le prêt est un acte de la volonté, et plutôt un service qu'un acte de nécessité, c'est à celui qui oblige l'autre à prescrire la manière dont on pourra se servir de la chose prêtée, et à fixer les bornes de cet usage. Mais lorsque le prêt est consommé, il ne peut plus prescrire de nouvellles bornes ni revenir sur ses pas, pour priver à contre-temps de l'usage de la chose celui à qui il l'a prêtée. Il en est empêché, non-seulement par la raison que c'est un service qu'il a voulu rendre, mais aussi à cause de l'obligation qui est contractée par celui qui donne et celui qui reçoit : car il y a entre les parties une convention réciproque ; ce qui fait que ce contrat donne

action de part et d'autre, pour faire voir que cette convention qui, dans son principe, étoit de pure volonté et un simple acte de service, se convertit ensuite dans des obligations mutuelles, d'où naissent des actions civiles ; comme il arrive dans le cas où on a commencé à gérer les affaires d'un absent. Car on ne peut pas les abandonner ensuite impunément, si elles en devoient souffrir ; parce que si on ne s'en étoit pas mêlé, un autre s'en seroit peut-être chargé. En effet, il est de principe qu'on est libre de se charger d'une procuration dans l'origine ; mais on est forcé à consommer l'affaire quand on l'a commencée. Ainsi, si vous m'avez prêté des tablettes de cire, pour que mon débiteur m'écrivît dessus une promesse, vous ne pourrez pas me les redemander ensuite dans un temps où cette demande pourroit m'incommoder ; parce que si vous me les eussiez refusées, j'en aurois acheté, ou j'aurois reçu la promesse de mon débiteur devant des témoins. Il en est de même si vous m'avez prêté des poutres pour soutenir ma maison, et qu'ensuite vous les retiriez ; ou si vous me les avez prêtées sachant qu'elles n'étoient pas bonnes : car c'est encore un principe qu'on doit nous obliger pour nous rendre service et non pour nous tromper. Ainsi, dans tous ces cas, celui à qui la chose a été prêtée pourrait intenter utilement l'action contraire du prêt (PAUL).

---

6 *Boileux, sur art.* 1888 *C. N.* } Le prêteur ne contracte pas, comme le bailleur, l'obligation de faire jouir (*præstare uti licere*) ; ni même, comme l'usufruitier, celle de laisser jouir : ses obligations, ainsi que nous l'avons déjà dit, sont purement négatives ; il s'interdit seulement tout acte qui pourrait empêcher l'usage de la chose.

Mais de cette obligation, naît en faveur de l'emprunteur, une exception, pour repousser la demande que formerait le prêteur, avant l'expiration du temps convenu, ou avant qu'elle eût servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée, à l'effet d'obtenir que la chose lui fut restituée.

En cas de trouble causé par un tiers, on distingue : si le prêteur a été de bonne foi, l'emprunteur n'a point d'action en garantie contre lui : sous ce point de vue, le prêt à usage diffère du louage et de la constitution d'usufruit à titre onéreux : il ne serait pas juste que le bienfait devînt préjudiciable au bienfaiteur. — Si le prêteur a été de mauvaise foi, c'est-à-dire, s'il a prêté la chose comme sienne, sachant qu'elle ne lui appartenait pas, l'emprunteur peut exiger des dommages-intérêts.

L'emprunteur doit restituer la chose à l'époque déterminée par la convention.—Lors même que le terme convenu pour la durée du prêt n'est point expiré, s'il a retiré de cette chose les services que le prêt devait lui procurer, il n'a plus de titres pour la conserver.—Je vous prête ma voiture pour entreprendre un voyage ; mais sous la condition que vous me la rendrez dans 15 jours : vous accomplissez ce voyage avant l'expiration du terme : je pourrai réclamer ma voiture aussitôt après votre retour ; car le but du contrat est atteint (Pothier, n° 26).

Lorsqu'il n'y a ni terme, ni usage déterminé, ou même lorsqu'un terme ayant été fixé, ce terme est expiré, l'équité veut que l'on diffère la restitution, quand elle ne peut s'opérer sans causer à l'emprunteur un grave préjudice : le juge prend en considération l'intérêt que peut avair le prêteur à recouvrer immédiatement sa chose, et le dommage qu'une restitution immédiate pourra causer à l'emprunteur.

Pothier (n° 28) va plus loin : d'aprés lui, " quand même le prêteur souffrirait quelque préjudice du retard, si celui que souffrirait l'emprunteur, en rendant immédiatement la chose prêtée, était beaucoup plus grand, on devrait encore, en ce cas, lui laisser la chose, à la charge par lui d'indemniser le prêteur du préjudice qu'il souffre de ce retard ; les devoirs de l'amitié qui ont porté le prêteur à faire le prêt, exigent de lui un tempérament." — Mais en présence des termes absolus de l'art. 1888, il est difficile d'admettre cette

solution : l'art. 1889 deviendrait alors applicable (Troplong, n° 149).

Voy. *Troplong*, cité sur art. 1774.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Du Prêt*, n° 20, 24 *et s.*, 75 *et s.* } 20. Le droit que le prêt à usage donne à l'emprunteur de se servir de la chose qui lui a été prêtée, de même que celui que le contrat de louage donne au locataire, n'est pas un droit dans la chose, mais un droit purement personnel contre le prêteur, qui naît de l'obligation que le prêteur a contractée de le laisser se servir de la chose pendant le temps et pour l'usage pour lequel il la lui a prêtée.

24. L'emprunteur n'est obligé de rendre la chose qu'après le temps porté par le contrat ; et lorsque le contrat n'en porte aucun, qu'après celui qui lui a été nécessaire pour l'usage pour lequel elle lui a été prêtée.

Le prêteur ne peut, sans injustice, en demander plus tôt la restitution : car quoiqu'il eût pu sans injustice ne la point prêter du tout, ayant bien voulu la prêter pour un certain usage, il s'est obligé de la laisser à l'emprunteur pendant tout le temps nécessaire ; autrement il tromperait l'emprunteur, qui a compté sur ce prêt, et qui aurait pu, sans cela, prendre d'autres mesures, et trouver d'autres occasions d'emprunter d'autres personnes la chose dont il avait besoin. C'est ce qu'enseigne Paul en la loi 17, § 3, ff. *Commod. Sicut voluntatis et officii magis quàm necessitatis est commodare ; ita modum commodati finemque præscribere ejus est qui beneficium tribuit : quum autem id fecit, id est, postquàm commodavit, tunc finem præscribere et retro agere, atque intempestive usum commodatæ rei auferre, non officium tantùm impedit, sed et suscepta est obligatio inter dandum accipiendumque... adjuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet.*

25. Cette décision a lieu, quand même pendant ce temps le prêteur se trouverait avoir besoin lui-même de la chose

qu'il a prêtée, pourvu que ce fût un besoin qu'il a pu prévoir, et qui peut se remettre ; car, en la prêtant, il a tacitement consenti à se priver de l'usage de sa chose pendant le temps pour lequel il l'a prêtée, même dans le cas où il en aurait lui-même besoin, lorsqu'il a pu le prévoir.

Mais si le besoin que le prêteur a de la chose prêtée, était un besoin pressant et imprévu, il serait en ce cas fondé à demander que la chose lui fût rendue, quoique avant l'expiration du temps pour lequel il l'a prêtée ; car personne n'étant présumé vouloir faire plaisir à un autre à son préjudice, celui qui prête sa chose à quelqu'un, est censé ne la vouloir prêter qu'autant qu'il croit qu'il pourra lui-même s'en passer ; et le cas d'un besoin pressant et imprévu qu'il aurait lui-même de cette chose, doit toujours être censé tacitement excepté de la permission qu'il a accordée à l'emprunteur de s'en servir pendant le temps convenu.

C'est le sentiment de Pufendorf, qui me parait très équitable.

Néanmoins, même dans le cas d'un besoin pressant et imprévu que j'aurais de la chose que je vous ai prêtée, si vous ne pouviez me la rendre sans courir risque de vous causer un grand préjudice, vous pourriez être reçu à satisfaire par équipollence à l'obligation de me la rendre, en me fournissant à vos dépens une chose semblable pour m'en servir à la place de la mienne, jusqu'à ce que vous puissiez me la rendre, et que je puisse, de mon côté, vous rendre celle que vous m'avez fournie.

Par exemple, si pendant que les étais que je vous ai prêtés, servent à soutenir les planchers de votre maison, dont on reconstruit le mur, j'ai besoin tout à coup de mes étais pour soutenir ma maison, et que je vous les redemande, vous devez être reçu dans vos offres de m'en fournir d'autres à vos dépens, pour m'en servir à la place des miens, que vous ne pouvez retirer sans risque, jusqu'à ce que votre mur qu'on reconstruit soit achevé.

26. Il y a un second cas auquel le prêteur peut demander

la restitution de la chose qu'il a prêtée, avant le temps pour lequel il l'a prêtée; c'est lorsque l'usage pour lequel il l'a prêtée, se trouve entièrement achevé.

Par exemple, si je vous ai prêté un manuscrit pour quinze jours, afin d'en tirer une copie, et qu'au bout de huit jours vous ayez achevé cette copie, je puis vous demander que vous me rendiez mon manuscrit, sans attendre la fin des quinze jours; car l'ayant entièrement copié et collationné, et par conséquent en ayant fait tout l'usage pour lequel je vous l'avais prêté, vous n'avez plus aucun sujet de le retenir: le temps de quinze jours n'a été fixé qu'afin que vous n'excédassiez pas ce temps à le copier, mais non pour que vous puissiez le retenir après l'avoir copié plus tôt.

Mais si le temps avait été apposé à la convention, non-seulement pour que vous n'excédassiez pas le temps à faire l'usage que vous voulez faire de la chose que je vous ai prêtée, mais par une autre raison, *putà*, parce que m'ayant emprunté la chose pour la porter à la campagne, d'ou vous comptiez être de retour au bout de quinze jours, on a réglé le temps auquel vous devriez me la rendre, sur celui auquel vous deviez être de retour; je ne dois pas en ce cas, sans un besoin pressant, quoique vous ayez fait tout l'usage de la chose que vous deviez faire, demander avant le temps, que vous me la renvoyiez par un exprès qui vous constituerait en dépense; mais je dois attendre le temps porté par notre convention, auquel vous pourrez me la rapporter vous-même à votre retour de la campagne.

27. Un troisième cas auquel je puis, avant l'expiration du temps porté par la convention, demander la restitution de la chose qne j'ai prêtée, c'est lorsque celui à qui je l'avais prête pour un usage qui lui était personnel, est mort avant l'expiration de ce temps.

Par exemple, si j'ai prêté à un savant un livre pour un an, afin qu'il s'en servît à la composition d'un ouvrage auquel il travaillait, et qu'il soit mort au bout de six mois, je puis incontinent, sans attendre l'expiration du temps porté par la

convention, redemander mon livre à ses héritiers, qui n'ont aucun sujet de le garder; l'usage pour lequel je l'avais prêté, étant un usage qui était personnel au défunt.

Il en serait autrement si l'usage pour lequel j'ai prêté une chose à mon ami, ne lui était pas personnel: en ce cas ses héritiers pourraient se servir, comme lui, de ma chose à l'usage pour lequel je l'ai prêtée, et je ne pourrais leur en demander la restitution qu'après qu'ils auraient achevé de s'en servir à cet usage.

Par exemple, si j'ai prêté à mon ami mon cheval pour tout le temps que dureraient ses vendanges, pour s'en servir à mener les raisins de ses vignes à son pressoir, et qu'il soit mort avant la fin de la vendange, ses héritiers auront droit de se servir comme lui de mon cheval, à l'usage pour lequel je l'ai prêté, et je ne serai fondé à leur demander qu'ils me le rendent, qu'après la fin de la vendange pour laquelle je l'ai prêté.

La raison est que, dans le contrat de prêt à usage, de même que dans tous les autres contrats, nous sommes censés contracter pour nous et pour nos héritiers. C'est pourquoi les obligations qui naissent de ces contrats, et les droits qui en résultent, passent à nos héritiers, lorsqu'ils sont de nature à pouvoir leur passer.

28. Quoique régulièrement celui à qui la chose a été prêtée, ne puisse pas la retenir après le temps pour lequel elle lui a été prêtée, néanmoins s'il avait besoin encore de quelques jours pour achever de s'en servir à l'usage pour lequel elle lui a été prêtée, et que le prêteur ne souffrit aucun préjudice du retard, le prêteur devrait lui laisser encore la chose pendant ce temps.

Mais quand même le prêteur souffrirait quelque préjudice du retard; si celui que souffrirait l'emprunteur, en rendant incontinent la chose prêtée, était beaucoup plus grand, on devrait encore, en ce cas, lui laisser la chose, à la charge par lui d'indemniser le prêteur du préjudice qu'il souffre de ce

retard. Les devoirs de l'amitié, qui ont porté le prêteur à faire le prêt, exigent de lui ces tempéraments.

29. La chose prêtée doit être rendue au prêteur.

Lorsque le prêteur en a fait, par le ministère d'un autre, la tradition à l'emprunteur, ce n'est pas à celui du ministère duquel le prêteur s'est servi pour la faire, que la chose doit être rendue : car ce n'est pas lui qui est le prêteur, c'est celui à qui il a prêté son ministère, et au nom de qui la tradition a été faite, qui est le prêteur, et à qui la chose doit être rendue; *suprà*, n° 2.

30. La chose est censée rendue au prêteur, lorsqu'elle est rendue à celui qui avait pouvoir de lui de la recevoir, suivant cette règle de droit : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset;* L. 180, ff. *de Reg. jur.* Cela est conforme aux principes généraux que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, part. 3, chap. 1er, art. 2, § 2, où nous renvoyons.

31. Suivant les mêmes principes, la chose est censée rendue au prêteur, lorsqu'elle est rendue à quelqu'un qui a qualité pour la recevoir pour lui. Par exemple, une chose est censée rendue au mineur qui l'a prêtée, lorsqu'elle est rendue à son tuteur, une chose est censée rendue à une femme, lorsqu'elle est rendue à san mari, *Voy.* notre *Traité des Obligations*, part. 3, chap. 1er, art. 2, § 3.

32. Quelquefois ce n'est pas à la personne même qui a fait le prêt, que la chose prêtée doit être rendue cela arrive 1° lorsque cette personne a, depuis le prêt, perdu la vie civile. Si c'est par la profession religieuse, la chose ne peut plus être valablement rendue qu'à ses héritiers ou autres successeurs universels qui ont recueilli sa succession, à laquelle sa profession a donné ouverture. Si c'est par une condamnation à une peine capitale que le prêteur a perdu la vie civile, la chose ne peut plus être valablement rendue qu'au seigneur au profit de qui la confiscation de ses biens a été prononcée.

33. 2° On ne peut plus rendre valablement la chose prêtée

à la personne qui l'a prêtée, lorsque depuis le prêt, elle a changé d'état.

Par exemple, lorsqu'une fille m'a prêté une chose, et que depuis le prêt elle s'est mariée, et a passé sous puissance de mari, ce n'est plus à elle, c'est à son mari que je dois rendre la chose qu'elle m'a prêtee : la restitution que je lui en ferais à elle-même, ne me déchargerait pas de mon obligation de la rendre, si ce n'est dans le cas auquel elle serait parvenue à son mari, ou dans le cas auquel je la lui aurais rendue du consentement de son mari, ou enfin dans le cas auquel j'aurais eu une juste ignorance de son changement d'état.

Par la même raison, si le prêteur a été, depuis le prêt, interdit, soit pour cause de folie, soit pour cause de prodigalité, ce n'est plus à lui, c'est à son curateur que la chose prêtée doit être rendue.

34. Quand même le prêteur qui est devenu fou, ne serait pas encore interdit, l'emprunteur qui aurait connaissance de sa folie, ne devrait pas lui rendre la chose qu'il lui a prêtée ; et en la lui rendant, il ne serait pas déchargé de l'obligation qu'il a contractée de la rendre. En cela le fou est différent du prodigue : celui-ci n'est privé de l'administration de son bien que par la sentence d'interdiction ; jusqu'à cette sentence, il peut valablement recevoir ce qui lui est dû, et en décharger son débiteur ; et par conséquent la restitution de la chose prêtée, qui lui est faite par l'emprunteur avant la sentence d'interdiction, est valable.

Il n'en est pas de même du fou : c'est sa folie qui par elle-même le rend incapable d'administrer son bien, et non la sentence d'interdiction, qui sert seulement à constater sa folie : car les actes d'administration supposent une volonté délibérée, une connaissance de ce qu'on fait, qui ne se trouve pas dans une personne qui a perdu l'usage de la raison : *Furiosi voluntas nulla est ;* L. 47, ff. *de Acq. hæred.* Un fou, même avant qu'il soit interdit, est donc incapable de recevoir ce qui lui est dû, et d'en décharger son débiteur, *Furiosus nullum negotium contrahere potest ;* L. 5, ff. *de Reg. jur.* ; et

par conséquent l'emprunteur qui ayant, ou ayant pu avoir connaissance de la folie du prêteur, lui aurait restitué, quoique avant son interdiction, la chose prêtée, ne serait pas libéré; et si ce fou à qui il l'a mal à propos rendue, venait à la perdre, les héritiers du fou, ou le fou même, s'il avait depuis recouvré la raison, ou son curateur, pourraient en demander le prix à l'emprunteur.

Observez néanmoins que si l'emprunteur, lorsqu'il a rendu au fou qui n'était pas encore interdit, la chose qu'il lui avait prêtée, non-seulement ne s'était pas aperçu, mais n'avait pu s'apercevoir de la folie du prêteur parce que c'était une folie qui ne s'apercevait pas facilement; quoique cette restitution ne fût pas un paiement valable, par l'incapacité du prêteur à qui elle est faite, néanmoins l'emprunteur est déchargé de l'obligation de rendre la chose prêtée; car il suffit pour cela qu'il ne l'ait plus, et que ce soit sans aucune faute de sa part qu'il ait cessé de l'avoir.

Lorsque l'emprunteur, après s'être servi de la chose prêtée pour l'usage dont il avait besoin, veut s'en décharger, n'y ayant personne à qui il puisse la rendre, parce que le prêteur est devenu fou, et n'a pas de curateur, il peut, à sa requête, faire assembler les parents, ou au défaut de parents, les voisins du prêteur, pour lui faire nommer un curateur à qui il puisse la rendre; c'est le moyen qu'on tous les débiteurs qui veulent se libérer.

35. Lorsque celui qui a prêté une chose est un mineur; si la chose qu'il a prêtée est une chose à son usage, que son père ou son tuteur lui laissait entre ses mains; quoiqu'il l'ait prêtée à l'insu de son père ou de son tuteur, l'emprunteur peut rendre la chose au mineur qui la lui a prêtée, aussi bien qu'à son père ou à son tuteur; comme lorsqu'un écolier a prêté à quelqu'un un de ses livres de classe.

C'est pourquoi, quand même le mineur aurait depuis perdu cette chose l'emprunteur qui la lui a rendue, n'en demeurerait pas moins valablement déchargé, et on ne pourrait pas lui opposer ce principe de droit, qu'un mineur ne peut

pas, sans le consentement de son tuteur, recevoir ce qui lui est dû, et en décharger son débiteur : *Pupillo sine tutoris auctoritate solvi non potest ;* L. 15, ff. *de Solut.* Car le père ou le tuteur, en laissant cette chose entre les mains du mineur, a virtuellement consenti que ceux à qui il la prêterait, pussent la lui remettre entre les mains.

Mais si la chose que le mineur a prêtée, n'était pas une chose qui fût à son usage, et que le tuteur laissât entre les mains du mineur ; cette chose, quoique prêtée par le mineur, qui avait trouvé le moyen de l'avoir, et quoiqu'elle appartienne au mineur, ne doit pas lui être rendue, mais à son tuteur ; et l'emprunteur, en la rendant au mineur sans le consentement du tuteur, n'en serait pas valablement déchargé, si le mineur venait à la perdre.

Voyez au paragraphe quatrième, d'autres cas auxquels la chose ne doit pas être rendue à celui qui l'a prêtée.

75. Le prêteur contracte aussi par le contrat de prêt à usage, des obligations qu'on appelle *obligationes commodati* CONTRARIÆ.

Elles sont ainsi appelées parce que l'obligation que l'emprunteur contracte de rendre la chose, fait seule l'obligation principale de ce contrat ; les obligations que le prêteur contracte, ne sont qu'implicites ou incidentes.

De ces obligations naît l'action *commodati* CONTRARIA qu'a l'emprunteur contre le prêteur pour en exiger l'exécution.

Nous allons rapporter les différentes espèces de ces obligations.

76. *Première espèce.* — Le prêteur ne contracte pas à la vérité une obligation formelle et positive de faire jouir l'emprunteur de la chose prêtée, telle qu'un locateur en contracte envers le conducteur de le faire jouir de la chose qu'il lui a louée ; mais au moins le prêteur contracte envers l'emprunteur une obligation négative de n'apporter de sa part ni de celle de son héritier aucun trouble ni empêchement à l'usage que l'emprunteur doit avoir de la chose qu'il lui a prêtée, pendant tout le temps pour lequel il la lui a prêtée. Si le

prêteur ne s'oblige pas absolument comme le locateur *præstare uti licere*, il s'oblige au moins *per se hæredemque suum non fieri quominùs commodatario uti liceat.*

Cette obligation naît du consentement que le prêteur a donné en prêtant la chose, à ce que l'emprunteur s'en servît à l'usage et pendant tout le temps pour lequel il la lui a prêtée, et de la bonne foi qui ne permet pas qu'il puisse rétracter un consentement qu'il a donné volontairement (1).

77. De cette obligation naît une exception contre la demande que le prêteur ferait pour la restitution de la chose prêtée avant l'expiration du temps pour lequel il l'a prêtée, sauf dans le cas auquel il serait survenu au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose ; car, en ce cas, l'obligation du prêteur, d'en laisser jouir l'emprunteur pendant le temps pour lequel il la lui a prêtée, cesse d'avoir lieu (2), comme nous l'avons vu *suprà*, n° 25.

78. De cette obligation naît aussi l'action *contraria commodati* que l'emprunteur a contre le prêteur ou ses héritiers, lorsque, par quelque voie de fait, ils apportent du trouble à l'usage que l'emprunteur doit avoir de la chose qui lui a été prêtée.

Ulpien rapporte un exemple de ce trouble en la loi 5, § 8, ff. *Commod.*, dans l'espèce suivante. — Vous étiez sur le point de prêter de l'argent à une personne ; mais n'ayant point de papier pour lui faire écrire sa promesse de vous le rendre, je vous ai prêté un registre, pour qu'à défaut d'autre papier, vous lui fissiez écrire dessus sa promesse. Si ensuite j'efface sur ce registre sa promesse avant qu'elle ait été acquittée, c'est un trouble que je fais à l'usage pour lequel je vous avais prêté mon registre, qui donne lieu à l'action *commodati* CONTRARIA. *Si tibi codicem commodavero, et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris, egoque hoc interlevero ; si quidem ad hoc tibi commodavero ut caveretur tibi in eo, teneri, me tibi contrario judicio.*

(1) *V.* art. 1888, C. civ. (BUGNET).

(2) *V.* art. 1889, C. civ. (BUGNET).

L'emprunteur conclut par cette action à ce qu'il soit fait défenses au prêteur de le troubler dans l'usage qu'il doit avoir de la chose qu'il lui a prêtée, et à ce qu'il soit condamné aux dommages et intérêts qu'il a soufferts du trouble.

79. Il résulte de ces principes, qu'il n'y a lieu à l'action *contraria commodati*, que losrque le trouble arrive de la part du prêteur ou de ses héritiers. S'il arrive de la part d'un tiers, l'emprunteur n'a aucune action contre le prêteur, qui a prêté la chose de bonne foi.

Par exemple, si je vous ai prêté pour un certain temps un magasin que je croyais de bonne foi m'appartenir, et que peu après y avoir logé vos marchandises, et longtemps avant la fin du temps pour lequel je vous en avais accordé l'usage, le véritable propriétaire du magasin ayant justifié de son droit de propriété, vous ait contraint de déloger vos marchandises, vous n'avez aucun recours contre moi pour le tort que vous souffrez du délogement de vos marchandises, et du trouble qui a été fait à l'usage que je vous avais accordé du magasin.

En cela le prêt à usage diffère du contrat de louage : car, si je vous avais loué le magasin, il n'est pas douteux que vous auriez contre moi une action de garantie pour les dommages et intérêts que vous souffrez de l'éviction de la jouissance du magasin.

La raison de différence vient de la différente nature de ces contrats.

Le contrat de louage est un contrat commutatif intéressé de part et d'autre : or, il est de la nature de tous ces contrats, qu'ils produisent l'obligation de la garantie, étant juste que celui qui reçoit ou doit recevoir de moi le prix ou l'équivalent de ce qu'il me donne, ou de ce qu'il s'oblige de me donner, en soit garant envers moi : l'égalité, qui est l'âme de ces contrats, l'exige ainsi.

Au contraire, *le prêt à usage* n'est pas un contrat commutatif, il est entièrement lucratif vis-à-vis de l'emprunteur. Or, c'est un principe que, dans tous les titres lucratifs, il n'y a

pas lieu à l'obligation de garantie : celui qui donne quelque chose a ces titres, ne recevant rien pour ce qu'il donne, il est censé ne la donner que telle qu'il l'a.

80. Cela a lieu lorsque le prêt a été fait de bonne foi. Mais si, ayant connaissance, lors du prêt, que la chose que vous me prêtiez ne vous appartenait pas, et que celui à qui elle appartenait pourrait bien la réclamer dans peu, vous me l'avez dissimulé en me la prêtant; si le propriétaire m'a obligé de la lui rendre, j'aurai action contre vous pour les dommages et intérêts que j'en ai soufferts, et que je n'eusse pas soufferts si vous m'en aviez donné connaissance, parce que j'aurais pris d'autres mesures, et que je ne vous aurais pas emprunté cette chose.

Cela doit avoir lieu non-seulement si c'est par malice, et pour me mettre dans l'embarras, que vous ne m'en avez pas averti; mais même dans le cas où ce serait à la vérité sans malice, mais par une lourde faute que vous ne m'auriez pas averti ; *putà*, si, lors du prêt, vous étiez déjà instruit du droit du propriétaire, et de la demande qu'il devait donner.

81. *Seconde espèce.* — Une seconde espèce d'obligation que le prêteur contracte envers l'emprunteur, c'est celle de rembourser l'emprunteur des impenses extraordinaires qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été prêtée.

L'emprunteur est bien tenu des impenses ordinaires qui sont une charge naturelle du service que l'emprunteur tire de la chose qui lui a été prêtée, mais il n'est pas tenu des extraordinaires. La chose prêtée continuant d'appartenir au prêteur, et d'être à ses risques, c'est lui qui doit supporter ces impenses ; et l'emprunteur qui les a faites, en a la répétition contre le prêteur, à moins qu'elles ne fussent modiques (1).

Par exemple, si je vous ai prêté mon cheval pour faire un voyage, vous êtes obligé de le nourrir et de l'entretenir de fers à vos dépens, cette dépense ordinaire étant une charge

(1) *V.* art. 1886 et 1890, C. civ. (BUGNET).

de la jouissance que vous en avez. Mais s'il lui est survenu pendant le cours du voyage, une maladie qui ait duré un temps considérable, les dépenses faites pour cette maladie, sont des dépenses extraordinaires dont vous devez avoir la répétition contre moi.

Il en est de même si le cheval vous ayant été ravi par des voleurs, vous avez fait des frais pour faire courir après les voleurs qui emmenaient le cheval, et pour le ramener : ces frais sont une dépense extraordinaire, dont vous avez la répétition. Si néanmoins le cheval n'avait été malade qu'un jour ou deux, et n'eût eu besoin que de quelques petits remèdes peu coûteux, ou si les voleurs ayant abandonné le cheval, il ne vous en eût coûté qu'une bagatelle que vous avez donnée à ceux qui l'ont ramené, vous ne seriez pas reçu à rien demander au prêteur pour cela. C'est ce que nous apprenons de Gaïus en la loi 18, § 2, dans une espèce à peu près semblable, qui est l'espèce de prêt qui a été fait d'un esclave : *Possunt justœ causæ intervenire ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet ; veluti de impensis in valetudinem servi factis, quœve post fugam, requirendi reducendique ejus causâ, factœ essent ; nam cibariorum impensœ naturali scilicet ratione ad eum pertinent qui utendum accepisset... sed et id quod de impensis valetudinis aut fugæ diximus, ad majores impensas pertinere debet ; modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eum pertineant.*

Par la même raison, si je vous ai prêté une chambre pour l'occuper, vous êtes tenu, de même qu'un locataire, des réparations locatives ; mais je suis chargé de toutes les autres.

82. L'emprunteur, pour le remboursement qui lui est dû des impenses extraordinaires qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été prêtée, a un privilége sur cette chose pour ces impenses : il a même le droit de la retenir, *veluti quodam pignoris jure*, jusqu'à ce que le prêteur qui demande la restitution de sa chose, les lui ait remboursées (1), comme nous l'avons vu *suprà*, n° 43.

(1) Il aurait un privilége, art. 2102, § 3°. (BUGNET.)

83. L'emprunteur a aussi, pour se faire rembourser de ses impenses, l'action *contraria commodati* contre le prêteur.

Le prêteur ne peut pas, pour s'en décharger, abandonner la chose.

Il n'en est pas non plus déchargé par la perte de la chose prêtée qui serait arrivée par quelque accident de force majeure, sans la faute de l'emprunteur.

La restitution volontaire que l'emprunteur aurait faite au prêteur, sans exiger pour lors de lui le remboursement de ces impenses, n'opère, en faveur du prêteur, aucune fin de non-recevoir contre la demande qu'a l'emprunteur pour s'en faire rembourser.

La sentence qui aurait condamné l'emprunteur à rendre la chose prêtée, sans faire mention du remboursement des impenses, n'opère aucune fin de non-recevoir.

C'est ce que nous apprenons de Gaïus, qui nous dit que, dans tous ces cas, l'emprunteur ne pouvant pas obtenir le remboursement de ses impenses par la voie de la rétention, doit avoir recours à l'action *commodati* CONTRARIA. *Quod contrario judicio consequi quisque potest*, nous dit-il, *id etiam* (1) *recto judicio quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis : sed fieri potest ut ampliùs esset quod invicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non* (2) *habeat, aut ideo de restituendâ re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine judice restituta est, dicemus necessariam esse contrariam actionem ;* L. 18, § 4, ff. *Commod.*

84. *Troisième espèce.* — Une autre espèce d'obligation du prêteur envers l'emprunteur, c'est celle de lui donner avis des défauts de la chose qu'on lui demande à emprunter, lorsqu'il en a connaissance, et que ces défauts peuvent causer

(1) *Id est* directo. (*Note de l'édition de* 1766.)

(2) Soit parce que la demande incidente n'en a pas été formée, ou parce qu'ayant été formée, le juge a omis d'y statuer. Mais s'il y avait statué en mettant hors de Cour, l'emprunteur ne pourrait plus le demander, *obstante rei judicatæ exceptione* (Idem.)

du dommage à l'emprunteur. Le prêteur, faute d'avoir satisfait à cette obligation, est tenu, *actione contrariâ commodati*, de tout ce que l'emprunteur a souffert du vice de la chose prêtée, dont il n'a pas été averti.

Il y en a un exemple en la loi 18, § 3, où il est dit: *Qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.*

En général, le prêteur doit donner avis à l'emprunteur, de tout ce qu'il a intérêt de savoir par rapport à la chose qu'il lui prête; et si, par dol ou par une faute lourde, il manque de lui en donner connaissance, il est tenu envers lui, *actione contrariâ commodati*, de ses dommages et intérêts (1). *Voy.* un exemple de cette règle, *suprà*, nº 80.

85. *Quatrième espèce.*—Lorsque l'emprunteur ayant perdu par sa faute la chose qui lui avait été prêtée, a payé le prix au prêteur, le prêteur, qui depuis a recouvré la chose, est obligé de lui rendre ou cette chose, ou ce qu'il a reçu pour le prix: *Rem commodatam perdidi, et pro eâ pretium dedi, deinde res in potestate tuâ venit: Labeo ait contrario judicio aut rem mihi præstare te debere, aut quod à me accepisti reddere;* L. 17, § 5, ff. *Commod.*

1774. Si pendant ce terme, ou, dans le cas où il n'y a pas de terme fixé, avant que l'emprunteur ait cessé d'en avoir besoin, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de la chose, le tribunal peut suivant les circonstances obliger l'emprunteur à la lui rendre.

1774. If before the expiration of the term, or, if no term have been agreed upon, before the borrower has completed his use of the thing, there occur to the lender a pressing and unforeseen need of it, the court may, according to the circumstances, oblige the borrower to restore it to him.

(1) *V.* art. 1891, C. civ. (BUGNET)

* *C. N.* 1889. } Néanmoins, si pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre.

Voy. autorités sur art. 1773.

---

6 *Boileux, sur art.* 1889 *C. N.* } L'art. 1889 déroge aux principes généraux des obligations : il dispense l'une des parties de remplir ses engagements, uniquement, parce qu'elle a intérêt à ne pas les exécuter.—Cette dérogation s'explique, par la faveur que mérite le prêteur : on doit supposer, d'ailleurs, qu'il n'a consenti au prêt, que sous la réserve tacite de reprendre sa chose, si par suite d'un événement imprévu, elle lui devient indispensable.

Puisque l'art. 1889 est exceptionnel, il faut le renfermer dans ses termes : or, il n'autorise la restitution, qu'autant que le besoin du prêteur est *pressant ;* et lors même qu'il a ce caractère, il faut *qu'il n'ait pu être prévu.*

Le prêteur n'est donc pas recevable à demander la restitution de sa chose, s'il a pu prévoir, au moment du contrat, le besoin qui lui est survenu ; car il a tacitement consenti, pour l'avantage de l'emprunteur, à se priver de l'usage de cette chose.

Les tribunaux sont appréciateurs des circonstances ; ils doivent avoir égard, au préjudice qu'une restitution immédiate pourra causer à l'emprunteur : Au besoin, ils peuvent l'autoriser, suivant les cas, à fournir une chose semblable, dont le prêteur se servira en attendant la restitution. — Par ex., dit Pothier (n° 22) : " Si pendant que les étais que je vous ai prêtés servent à soutenir les planchers de votre maison dont on reconstruit le mur, j'ai besoin tout à coup de mes étais pour soutenir ma maison, et que je vous les redemande, vous devez être reçu dans vos offres de m'en fournir d'autres

à vos dépens, pour m'en servir à la place des miens, que vous ne pouvez retirer sans risques, jusqu'à ce que votre mur qu'on reconstruit soit achevé."

Que devrait-on décider, si le prêteur avait été obligé de louer une chose semblable à la sienne, en cas de nécessité reconnue ? L'emprunteur, dit Duvergier, (nº 107), ne devrait pas de dommages-intérêts ; car il a compté sur la jouissance de la chose prêtée pendant tout le temps convenu : mais nous répéterons encore, que le contrat s'est formé sous la condition tacite de restitution immédiate, au cas où il surviendrait au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, et qu'il est juste de mettre à la charge de l'emprunteur, toutes les conséquences de l'impossibilité où il se trouve, de satisfaire, sous ce rapport, à ses obligations : Le prêteur, en définitive, ne doit pas être victime de sa générosité.

---

* *Troplong, Du Prêt, sur arts.* 1888-9 *C. N.* } 141. Après avoir exposé les engagements que le prêt à usage impose à l'emprunteur, engagements principaux et directs, le code s'occupe des engagements indirects et contraires que le prêteur contracte implicitement par suite de certains principes de droit naturel indépendants de toute convention (1). Ces engagements n'enlèvent pas au contrat de prêt à usage le caractère de contrat unilatéral ; car ce n'est pas le contrat qui les crée par une disposition principale (2) : ils procèdent d'une obligation appelée *contraire* par les lois romaines, d'une obligation qui se rattache plutôt à la matière des obligations implicites (3) ou des quasi-contrats qu'à celle des contrats proprement dits. Nous avons rappelé ci-dessus les idées qui nous paraissent à cet égard les plus exactes (4).

(1) *Suprà*, nº 7.
(2) Pothier, nº 76.
(3) Idem.
(4) Voy. aussi *infrà*, nº 257.
Add. Op. conf. de Demante, nº 618, où il dit : " Nous avons déjà dit

142. Dans notre droit français, si souple sous la main de l'équité, si obéissant à la voix du droit naturel, rien de plus facile que de faire rationnellement entrer ces engagements du prêteur dans les effets juridiques qui découlent, sinon directement, du moins par voie indirecte, du contrat de prêt. Des classifications rigoureuses et absolues ne s'opposent pas chez nous à un mélange d'obligations puisées à des sources parallèles ou diverses.

Mais, à Rome, les jurisconsultes paraissent avoir éprouvé, dans l'origine, de sérieuses difficultés pour rattacher d'une manière scientifique les obligations du prêteur au rigoureux classement de leur droit primitif. On les voit hésitants et embarrassés quand ils veulent expliquer les raisons de cette action contraire, qui se trouve exister dans un contrat réel et parfait par la chose, alors que cependant, au regard du prêteur, rien n'a été reçu. Caius se sert de raisons vagues : Il y a, dit-il, une juste cause, *justa causa ;* un motif naturel, *naturali ratione* (1). Le commodataire qui a éprouvé du dommage par le fait du prêteur, lorsque, par exemple, ce dernier a retiré sa chose avant le temps, ou a prêté sciemment des vases vicieux qui ont corrompu le vin ou l'huile du premier (2), le commodataire, disons-nous, pourrait opposer de ce chef une compensation s'il était poursuivi sur d'autres points par le prêteur (*jure pensationis*) (3). Or, pourquoi ne pourrait-il pas prendre l'offensive et agir par action ? De là la nécessité de l'action contraire : " *Dicemus necessariam esse* " *contrariam actionem.*" (Leg. 18, § 4, *commod.*)

Je conçois l'embarras de ce jurisconsulte : il a devant lui

que les obligations du prêteur ne sont qu'implicites ou incidentes. Les unes s'induisent du consentement qui accompagne la tradition (art. 1888 et 1889) ; les autres naissent de l'équité qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui (art. 1890), et qui prescrit de réparer le tort que l'on a causé (art 1891)."

(1) L. 18, § 2, *commod.*

(2) Idem, § 3.

(3) Idem, § 4.

les classifications sévères dans lesquelles se renferment les conventions munies d'une action. Et comment trouver dans ces catégories la source de l'action contre le prêteur ? Serait-ce le consentement qui pourrait lui servir de point d'appui ? Non ! le consentement n'est suffisant que pour les quatre contrats du droit des gens, la vente, l'échange, le louage, le mandat. Serait-ce la délivrance de la chose ? Mais comment la réception de la chose obligerait-elle le prêteur, puisque ce n'est pas lui qui a reçu la chose ; que c'est lui, au contraire, qui l'a donnée, et qu'en la donnant, il n'a expressément contracté aucun engagement qu'on puisse assimiler même à un pacte ?

143. Paul a cherché une autre explication. Remontant aux sources de l'équité, il s'arrête à un quasi-contrat pour donner une base à l'action contraire.

"Vous n'étiez pas obligé à faire le prêt ; une intention bienveillante vous a seule porté à rendre cet office. Mais une fois que vous avez prêtée, vous avez tacitement contracté l'obligation de ne rien faire qui contrarie votre bienfait. Votre devoir s'y oppose aussi bien que l'obligation comprise dans la délivrance de la chose à l'emprunteur, qui ne l'a reçue qu'avec la pensée qu'il pourrait s'en servir à l'usage convenu : " *Non tantum officium impetit, sed et suscepta obli-*" *gatio inter dandum accipiendumque.*" C'est ainsi (notez bien cette comparaison) que celui qui a entrepris de gérer les affaires d'un absent ne peut pas les abandonner impunément. Il est forcé à en procurer la consommation ; sans quoi, le bienfait ne serait pas un secours pour l'emprunteur, mais une source de mécomptes : " *Adjuvare quippe nos, non decipi bene-*" *ficio oportet.*" (Leg. 17, § 3, D., *commod.*)

La comparaison que Paul fait ici entre le prêteur et le *negotiorum gestor* est décisive. De cette grande raison d'équité qui ne permet pas qu'un bienfait soit captieux pour celui qui le reçoit (1), le jurisconsulte est amené à chercher

(1) " Officium suum nemini debet esse captiosum," dit Favre sur cette loi (*Rationalia ad Pand.*)

dans les anomalies du quasi-contrat la raison d'une action que le contrat ne donne pas par lui-même d'une manière logique et précise.

144. Ceci est une nouvelle preuve des efforts de la jurisprudence pour secouer le joug des classifications. Il est très-probable qu'originairement les obligations tacites du commodant ne donnaient lieu qu'à une exception contre la demande qu'il intentait contre l'emprunteur. Mais il était équitable que le commodataire obtînt une action pour poursuivre ses droits : il l'obtint du magistrat (1), dont la concession parut d'autant plus naturelle que le système des obligations nées des *quasi-contrats* commençait à se développer (2). Ainsi tombait ce vieil adage de l'ancien droit : qu'on n'était tenu que de ce qu'on avait promis expressément (3). L'équité donnait force et protection aux sous-entendus que le formalisme primitif avait dédaignés.

145. Moins gênée que le droit romain par les entraves du droit strict, la jurisprudence française n'a pas besoin de faire violence à ses origines et à sa nature pour légitimer les obligations du prêteur. Il suffit que l'équité et le droit naturel lui en fassent un devoir pour qu'elle donne à ce devoir une sanction spontanée et légale.

146. Suivons maintenant ces obligations du prêteur dans leur développement et leur étendue.

Le prêteur aurait pu ne pas faire le prêt ; mais puisqu'il s'est décidé à le faire, il doit subir jusqu'au bout la gêne momentanée qui est la conséquence de son bienfait. C'est pourquoi il ne faut pas qu'il trouble l'emprunteur en retirant la chose de ses mains avant le temps convenu (4). Autrement

(1) Le président Favre a prouvé ce point (*Rat. ad Pand.*) sur la loi 17, § 3, D., *commod.*

(2) Inst. de Just., *De oblig quo quasi ex contract.* Caius, l. 1, D., *de oblig. et action.*

(3) Vico, p. 314 et suiv.

(4) Pothier, n° 76.

il porterait préjudice à ce dernier, qui a compté sur l'usage de cette chose et qui s'est arrangé pour en recueillir l'avantage. Le bienfait serait une cause de déception et irait contre son propre but (1).

147. Alors même que la convention ne porte pas de temps préfix pour la restitution de la chose, le prêteur n'est pas libre de la reprendre sans ménagement et sans opportunité. Il doit attendre qu'elle ait servi à l'usage convenu ; sans quoi un retrait subit causerait du dommage à l'emprunteur. Si ce dernier avait su que le prêteur le traîterait avec une rigueur si imprévue et si contraire à la bienveillance qui doit régner dans un contrat de ce genre, il aurait pu prendre d'autres mesures, soit en se pourvoyant ailleurs, soit même en achetant la chose qui lui était nécessaire.

Ainsi, par exemple, vous me prêtez votre pressoir pour faire mon vin ou mon cidre ; il est sous-entendu que vous ne m'en enlèverez pas l'usage avant la fin de l'opération.

De même, je vous emprunte des pièces de bois pour soutenir ma maison qui a besoin de réparation ; attendez, pour me les redemander, que les réparations soient terminées (2).

148. *Quid* si le temps convenu était écoulé sans que vous eussiez fait usage de la chose, parce que vous avez été surpris par une maladie ? Bartole et le président Favre décident avec raison que le temps ne sera pas prolongé (3). Le prêteur ne doit pas être responsable du fait de force majeure qui vous a affecté. Le prêteur *certat de damno vitando.* Vous, au contraire, vous êtes de ceux *qui certant de lucru captando.*

148 2° (4).

(1) Paul, l. 17, § 3, D., *commod.*

(2) Idem, *ibid.* ; Pothier, n° 24.

(3) Sur la loi 17, § 3, D., *commod.*

(4) Add. *La restitution ne devrait-elle pas être différée, même après l'expiration du terme fixé, si elle ne pouvait s'opérer immédiatement sans causer à l'emprunteur un grave préjudice ?*—Dans le numéro précédent, Troplong suppose que l'emprunteur n'a pas encore fait usage ; Mazerat sur Demante, n° 619, en répondant à la question posée, suppose que

149. A plus forte raison l'emprunteur devrait-il être repoussé si c'était par sa faute qu'il eût laissé écouler le temps convenu sans faire usage de la chose. Il en serait de même (dans le cas où la convention n'aurait pas de temps préfix) si l'emprunteur négligent n'avait pas profité du temps moral largement apprécié pour conduire à fin l'affaire projetée.

150. Si l'emprunteur a fini de la chose avant le temps convenu, il n'a pas de raison pour la refuser au prêteur qui la réclame. Je vous ai prêté pour quinze jours un manuscrit dont vous désirez avoir la copie. Si au bout de huit jours votre travail est terminé, vous ne devez pas en refuser la restitution. (Pothier, n° 26) (1).

151. Il y a plus! et ici nous touchons à la disposition de l'art. 1889, qui renferme une anomalie remarquable. S'il arrivait que, pendant le temps convenu, le prêteur eût un besoin pressant et imprévu de sa chose, il pourrait en réclamer la restitution avant l'expiration, et le juge devrait avoir égard aux circonstances graves qu'il ferait valoir pour obliger l'emprunteur à la rendre. A la vérité, c'est affaiblir le lien conventionnel qui a uni les parties. Mais, pour arriver à ce résultat, la loi, interpétant leur volonté, suppose avec équité que le le prêteur n'a voulu faire le prêt que parce qu'il croyait pouvoir rigoureusement se passer de la chose (2).

l'usage se prolonge et décide que la restitution peut être différée. "Par exemple, dit-il, si les étais que vous m'avez prêtés servent encore à soutenir ma maison, vous ne pouvez les exiger de suite ; sauf à vous indemniser, si vous en avez besoin vous même. Voy. Pothier, n° 28."

(1) Add. Op. conf. de Mazerat sur Demante, n° 620.

(2) Pothier, n° 25, d'après Pufendorf, liv. V, chap. IV, § 6.

Add. Duranton, n° 545, présente cette objection : " On peut dire aussi que peut-être l'emprunteur aurait trouvé une pareille chose à emprunter ailleurs, s'il n'eût pas compté sur celle qui lui a été prêtée, et que le priver maintenant du droit qui lui avait été librement accordé de s'en servir, c'est l'exposer à éprouver quelque perte, par la difficulté où il pourrait se trouver d'en avoir dans le moment une autre, même à prix

152. Mais, ne l'oublions pas, il faut que le besoin allégué soit pressant et inattendu. Si c'était un besoin facile et prévu, ou qui pût se remettre, la convention devrait conserver sa force première. En pareil cas, le prêteur est présumé avoir sacrifié sa commodité à celle de l'emprunteur (1).

153. Comme l'application de l'art. 1889 peut souvent mettre en présence deux intérêts difficiles à concilier, le législateur, désespérant de tracer des règles inflexibles, a voulu que le juge en appelât, en définitive, aux circonstances dans lesquelles la question de restitution se présente (2). Ainsi, tantôt

d'argent. Un donateur ne pourrait révoquer la donation qu'il a faite, sur le motif qu'il a perdu depuis une grande partie de sa fortune, même toute sa fortune; et cependant il pourrait tout aussi bien dire, que s'il avait prévu qu'il aurait besoin un jour du bien qu'il a donné, il ne l'aurait pas donné; or, pourquoi en est-il autrement en matière de prêt?

" Dira-t-on que le prêteur n'a conféré que l'usage seulement de la chose, et pendant un certain temps? Mais on ne lui demande rien de plus. Ainsi il y aurait parité parfaite avec le cas de donation."

O. Leclercq, t. VI, p. 344, après avoir justifié le principe de la loi par les motifs donnés par Troplong, ajoute: " On pourrait dire qu'on a appliqué les principes qui font résoudre une donation pour survenance d'enfants; le besoin doit être imprévu, sans quoi on ne pourrait croire à cette condition tacite."

(1) Add. Op. conf. de Duranton, n° 545.

(2) Add. C'est ce qui fait dire à Duvergier, n° 106: " D'ailleurs, il n'y a point pour les juges obligation d'ordonner la restitution. C'est seulement une faculté qui leur est donnée et dont ils sont maitres d'user selon les circonstances.

" Si donc il est établi que l'emprunteur éprouverait un préjudice considérable, par la remise immédiate de la chose prêtée, les tribunaux ne devront pas la prononcer."

Duranton ajoute, n° 546: " Dans le cas où le prêteur aurait ce besoin pressant et imprévu, si l'emprunteur ne voulait pas lui rendre la chose, comme la matière requiert célérité, le prêteur pourrait l'assigner en référé devant le président du tribunal, lequel rendrait une ordonnance portant que l'emprunteur sera tenu de remettre de suite la chose au prêteur, et autoriserait celui-ci, en cas de refus, à la faire saisir et à se la faire remettre *manu militari.*

l'emprunteur sera dispensé de rendre la chose, parce qu'il lui serait impossible de s'en priver sans un trop grand dommage; tantôt il pourra venir au secours du prêteur en lui livrant momentanément des objets équipollents de nature à lui être utiles (1); tantôt enfin il faudra que l'emprunteur se dessaisisse sur-le-champ pour satisfaire le prêteur.

(1) Pothier, nº 25.

Add. Duvergier ne partage pas cette opinion. Il dit, nº 107 : "Mais en ce cas pourront-ils du moins ordonner que l'emprunteur fera l'équivalent de la restitution ; que, par exemple, au lieu de la chose prêtée elle-même, il procurera au prêteur une chose semblable ?

" Pothier se prononce pour l'affirmative.

" Si, dit-il, pendant que les étais que je vous ai prêtés servent à soute-
" nir les planchers de votre maison dont on reconstruit le mur, j'ai besoin
" tout à coup de mes étais ponr soutenir ma maison, et que je vous les
" redemande, vous devez être reçu dans vos offres de m'en fournir
" d'autres à vos dépens, pour m'en servir à la place des miens, que vous
" ne pouvez retirer sans risque jusqu'à ce que votre mur qu'on recons-
" truit soit achevé."

" Je crois au contraire qu'en pareil cas l'emprunteur ne serait obligé ni à rendre les étais, ni à en fournir d'autres à ses dépens. La disposition exceptionnelle de l'art. 1889 autorise à ordonner la restitution de la chose prêtée, lorsqu'elle est possible sans trop d'inconvénients ; mais elle ne permet pas aux juges de décider qu'elle n'aura pas lieu, et de prescrire en même temps des mesures équivalant à une condamnation en dommages-intérêts pour défaut de restitution.

" Duranton, nº 545, pense que si, à cause de l'éloignement où se trouve la chose prêtée, l'emprunteur est hors d'état de la restituer sur-le-champ, on ne peut, par extension de l'art. 1889, le condamner à indemniser le prêteur qui aurait été obligé de louer une chose semblable. D'un autre côté il enseigne (nº 546) que, lorsque la restitution ne peut se faire sans un grand dommage pour l'emprunteur, celui-ci peut être reçu à remplir son obligation par équivalent, en fournissant à ses dépens une chose semblable.

" Je crois que ces solutions sont contradictoires. De deux choses l'une : ou les circonstances permettent que la restitution soit faite, et alors il faut la prescrire; ou les circonstances s'opposent à la restitution, et alors il ne faut pas l'ordonner. Dans aucune hypothèse, il n'est légal d'accorder l'équivalent de la restitution, que l'on declare ou physiquement ou

154. Mais revenons à la règle de l'art. 1888, d'après laquelle le prêteur ne doit pas par son fait troubler la jouissance de l'emprunteur. Le prêteur ne répond ici que de son propre fait ; il n'engage à cette obligation implicite que lui ou ses héritiers (1). Il ne doit pas garantie à l'emprunteur des troubles qui seraient causés par des tiers. C'est en quoi le com-

moralement impossible. L'espèce de transaction par laquelle on dispense l'emprunteur de la restitution, en même temps qu'on accorde au prêteur un dédommagement, s'offre sous une apparence d'équité qui l'emportera dans beaucoup d'esprits sur les déductions des principes. Et pourtant les décisions déterminées par cette considération renfermeront souvent de véritables iniquités. Est-il juste que l'emprunteur qui a compté et dû compter sur le temps de jouissance qui lui a été promis, qui ne peut rendre ce qu'on lui a prêté, avant le terme convenu, sans éprouver un dommage, soit placé dans cette alternative, ou de payer une indemnité au prêteur, ou de souffrir personnellemont une perte ? Tel est cependant le résultat auquel on arrive."

Cet opinion de Duvergier avait, parait-il, été précédemment exprimée par O. Leclercq, t. VI, p. 345. " L'emprunteur peut aussi faire cesser ce besoin, dit-il, en prêtant lui-même une autre chose de même nature à son prêteur ; dans ce cas, les motifs pour lesquels on a accordé à celui-ci le pouvoir de reprendre la chose prêtée avant l'expiration du temps, cessent, et, par conséquent, ce pouvoir doit cesser également ; le tout est laissé à l'arbitrage du juge."

(1) Add. Duvergier dit en conséquence, nos 109 et 110 : " Mais le prêteur est garant du trouble ou de l'éviction provenant de son fait ; car en troublant ou en dépouillant lui-même l'emprunteur, il manque à l'obligation qu'il a contractée de le laisser jouir de la chose prêtée.

" Quoique le trouble ou le dommage ne provienne pas directement de son fait, si l'événement qui le cause résulte de son dol ou de sa faute lourde, il est tenu à la garantie envers l'emprunteur."

Cet auteur voit une application de ces principes dans l'art. 1891 ; il ajoute, n° 112 : " Il suit de là que si je prête une chose, sachant qu'elle ne m'appartient pas, je serai tenu envers l'emprunteur du préjudice que causera la brusque revendication du véritable propriétaire."

Duranton, n° 547, n'admet cette dernière conséquence que pour le cas où le prêteur a prêté de mauvaise foi la chose d'autrui. Il en est de même de Delvincourt, t. VIII in-8°, page 320, par argument tiré de la loi 18, § 3, D., *de donat.*, et des art. 1891 et 1898.

modat diffère du louage, qui, comme on sait, impose au locateur l'obligation de garantir le prêteur de tous troubles ou éviction. Mais la raison ne permettait pas de mettre sur la même ligne le louage et le commodat : le louage, contrat intéressé de part et d'autre, qui, assurant au bailleur un avantage positif, doit, par une compensation nécessaire, le soumettre à des obligations étroites de garantie ; et le commodat, contrat qui ne profite qu'à l'emprunteur, et qui, n'ayant rien de lucratif pour le prêteur, affranchit d'un lien trop rigoureux ce dernier, qui n'est censé avoir prêté sa chose que telle qu'elle est (1).

155. Si le commodat est d'un degré moins sévère que le louage, il est d'un degré de rigueur au-dessus du précaire ; car nous avons vu ci-dessus (n° 28) que dans le précaire le prêteur peut reprendre sa chose à sa volonté, et que c'est là ce qui différencie surtout ce contrat du commodat. (Pothier, n° 89.)

" Id quandoque libuerit, *importune*, *intempestive*, revocare " possit." Ce sont les paroles de Cujas (2).

Néanmoins cette règle ne doit pas être prise sans tempérament. Ainsi, il ne faudrait pas que le prêteur voulût retirer la chose à l'instant même où il l'a livrée ; ce serait de sa part une contradiction avec sa pensée de bienfaisance. Il devrait attendre un temps moral pour rendre sa complaisance profitable à l'emprunteur. " Sane, dit Hilliger (3), confestim atque " res concessa est, repeti non posse, ne beneficium corrum" patur. Sed dato aliquali temporis spatio, humanius est." C'est aussi ce qu'enseigne Domat (4). Il est vrai que Cujas, se réunissant à l'opinion de Decius contre celle de Panorme,

(1) Pothier, n° 79.

Add. Op. conf. de Duvergier, n°s 104 et 108.

(2) XXIII, observ. 21, et sur le Cod., *de precario*. *Junge* Hilliger sur Doneau, t. III, p. 1332, note 3 ; lib. XIV, c. XXXIV.

(3) T. III, p. 1332, note 3. lib. XIV, XXXIV.

(4) T. V, sect. III, n° 2.

repousse cette restriction apportée au droit arbitraire du prêteur ; il soutient qu'il ne faut faire aucun fond sur le précaire, qui ne présente pas de sûreté : " *Qua liberalitate nulla* " *est imbecillior, aut inconstantior* (1)." Mais ce sentiment, bien que juridique en général, pèche, à notre avis, par excès de rigueur, toutes les fois que le prêteur pousse sa liberté jusqu'au caprice et en use de manière à causer du préjudice à l'emprunteur.

156. Du reste, Cujas a toute raison quand il insiste sur la fragilité du précaire. Ses paroles élégantes et profondes doivent avertir l'emprunteur qu'il a, dans le précaire, beaucoup moins de latitude que dans le commodat, et qu'il est de son devoir de tenir la chose à la disposition perpétuelle du prêteur. Il serait en faute s'il employait la chose à un usage qui ne lui permît pas de la restituer dans un délai moral le plus court possible, et des dommages et intérêts pourraient être demandés contre lui. (Arg. de Pothier, nº 89.)

1775. Si pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose prêtée, de faire quelque dépense extraordinaire, nécessaire et tellement urgente qu'il n'a pu en prévenir le prêteur, celui-ci est tenu de la lui rembourser.

1775. If during the continuance of the loan the borrower be obliged, for the preservation of the thing lent, to incur any extraordinary and necessary expense, of so urgent a nature that he cannot notify the lender, the latter is bound to reimbourse it to him.

---

* *C. N.* 1890. } Si, pendant, la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement

(1) Sur le titre du Cod , *de precario.*

urgente, qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de le lui rembourser.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1770 et *Pothier*, *Prêt*, no 81, cité sur art. 1773.

Troplong, *Du Prêt*, *sur art.* 1890 *C. N.* } 157. L'interprétation de l'article 1890 se trouve facilitée par les détails dans lesquels nous sommes entré en commentant l'art. 1886, avec lequel notre texte doit être conféré. L'art. 1886 détermine les dépenses qui sont à la charge de l'emprunteur ; l'art. 1890 règle celles qui sont à la charge du prêteur et dont l'emprunteur doit avoir le remboursement lorsqu'il en a fait l'avance. Le premier est relatif aux dépenses entraînées par l'usage et le service de la chose ; le second s'occupe des dépenses attachées à la propriété de cette chose.

158. Lorsque la nécessité de faire cette dernière sorte de dépenses se réalise, l'emprunteur doit prévenir le prêteur. C'est un avertissement dont il lui est redevable par devoir et par amitié. Placé sur les lieux, il connaît les besoins de la chose ; il éclaire le commodant sur ce qu'exige son intérêt (1).

(1) Duvergier, n° 114, ajoute : "Si donc l'emprunteur a fait des dépenses, nécessaires il est vrai, mais qui pouvaient être differées et sur lesquelles il avait le temps de consulter le prêteur, celui-ci aura, dans quelques circonstances, le droit de dire : Si j'avais été informé de l'accident qui exigeait la dépense extraordinaire qui a été faite, j'aurais préféré laisser périr la chose, et je ne peux être obligé maintenant de payer à l'emprunteur ce qu'il a inconsidérément avancé pour moi. Cette fin de non-recevoir serait certainement accueillie, si la dépense était supérieure à la valeur de l'objet prêté. Mais le prêteur qui l'aurait opposée devrait abandonner la chose à l'emprunteur. On ne concevrait pas qu'il la gardât, qu'il profitât ainsi des dépenses conservatrices, et qu'il refusât de les payer."

Duranton, n° 548, donne ces deux exemples : " Tel serait le cas où j'aurais prêté à quelqu'un une écurie pour y loger son cheval, pendant un

159. Que si la dépense a été extrêmement urgente pour la conservation de la chose, et que l'emprunteur en ait fait l'avance, le prêteur la lui remboursera (1). Il ne faut pas que ce dernier, oubliant que son service doit être gratuit, spécule sur l'emprunteur pour mettre à sa charge des dépenses dont la propriété est seul tenue.

certain temps, ou même sans fixer de temps (ce qui serait un contrat de précaire proprement dit), et que cette écurie menaçant ruine tout à coup, l'emprunteur l'aurait fait étayer sans avoir le temps de me prévenir, je serais tenu de lui rembourser le montant de sa dépense.

"Tel serait aussi le cas où, ayant prêté mon cheval à quelqu'un pour faire un certain voyage, le cheval serait venu à tomber malade en route, sans qu'il y eût de faute de la part de l'emprunteur ; les dépenses que celui-ci aurait faites pour faire soigner ce cheval devraient lui être remboursées par moi ; car j'aurais été obligé de les faire moi-même, si je ne l'avais pas prêté ; on le suppose.

"Et il est même à remarquer que, quand bien même l'écurie, dans le premier cas, serait venue ensuite à brûler par accident sans la faute de l'emprunteur, ou que le cheval, dans le second, serait venu à mourir de cette maladie, je ne serais point pour cela affranchi de l'obligation de rembourser la dépense : car ayant été une fois faite utilement, j'en suis devenu débiteur envers l'emprunteur. C'est un principe que nous avons eu plus d'une fois occasion d'appliquer, notamment sur la gestion des affaires d'autrui, tome VII, nº 671."

"Si ces dépenses étaient *modiques*, dit Deleurie, nº 11222, l'emprunteur ne serait point écouté." C'est aussi l'opinion de Malleville : "Cela doit s'entendre, dit-il, p. 36, pourvu qu'elles soient considérables ; et je croirais, en général, que toutes les fois que les frais excèdent de beaucoup le loyer que le prêteur aurait pu tirer de sa chose, cet excédant doit être à sa charge."

(1) Pothier, nº 31.

Add. On lit dans Dufour, nº 175 : "Le code ne fait pas la distinction de la dépense modique d'avec la forte. Il suffirait qu'elle fût extraordinaire pour que l'emprunteur en eût la répétition."

D'après Demante, nº 621, quatre conditions sont requises pour que l'emprunteur puisse, *en cette qualité*, répéter ses dépenses ; il faut 1º qu'elles tendent à la conservation de la chose ; 2º qu'elles soient extraordinaires ; 3º qu'elles soient nécessaires ; 4º qu'elles soient urgentes (art. 1890).

160. Si le prêteur refuse de faire le remboursement, l'emprunteur a contre lui l'action *contraria commodati.*

161. Il peut aussi user du droit de rétention, ainsi que nous l'avons vu *suprà* (1); car l'impense pour conserver ou améliorer la chose donne naissance à un droit réel, à une espèce de gage.

161 2° (2).

162. Le prêteur ne pourrait pas se décharger de son obligation en abandonnant la chose (3).

162 2° (4).

162 3° (5).

(1) N° 128.

Add. Op. conf. d'O. Leclercq, t. VI, p. 347 ; de Rolland de Villargues, *Prêt à usage*, n° 29 ; de Deleurie, n° 11222 ; de Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 324 ; il induit le droit de rétention de l'existence du privilége des frais faits pour la conservation de la chose.

Malleville, sur l'article 1890, ajoute : " Les lois 15 et 59, ff. *de furt.*, décident que l'emprunteur a droit de rétention pour les dépenses qu'il peut répéter."

(2) Add. *Et du privilége de l'art.* 2102, n° 3. — Ainsi l'enseigne Duvergier, n° 117, en citant Pothier, n°s 43 et 82. Op. conf. d'O. Leclercq, t. VI, p. 347.

(3) Pothier, n° 83.

Add. Op. conf. de Duvergier, n° 115 ; de Deleurie, n° 11222.

(4) Add. *Il reste également tenu quoique la chose ait péri par cas fortuit depuis que les dépenses ont été faites.* — Ainsi l'enseigne Duvergier, n° 116, en s'autorisant de Pothier, n° 83. Op. conf. de Duranton, n° 548 (voy. ci-dessus, n° 158, note 1) ; de Deleurie, n° 11222 ; de Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 324.

(5) Add. *La remise volontaire ou forcée de la chose n'élève point, au profit du prêteur, une fin de non-recevoir contre l'action en remboursement des dépenses.*— Duvergier dit, n° 118 : " La remise volontaire de la chose prêtée, sans recevoir le montant de ces dépenses, n'élève point en faveur du prêteur une fin de non-recevoir contre l'action en remboursement. Renoncer au droit de rétention, garantie de la créance, ce n'est pas renoncer à la créance elle-même (Pothier, n° 83, Deleurie, n° 11222)."

Dufour, n° 176, où il cite Pothier, n°s 82 et 83, ajoute : " La sentence qui aurait condamné l'emprunteur à rendre la chose prêtée sans faire

[ARTICLE 1776.]

1776. Lorsque la chose prêtée a de tels défauts qu'elle cause du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur.

1776. When the thing lent has defects which cause injury to the person using it, the lender is responsible if he knew the defects and did not make them known to the borrower.

---

* *C. N.* 1891. } Lorsque la chose prêtée a des défauts tels, qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur.

---

* *ff. Commod. vel contrà, liv.* 13, *tit.* 6, *L.* 18, § 3. } Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum, vel oleum corruptum, effusumve est, condemnandus eo nomine est (GAIUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } De même, si quelqu'un prête sciemment des vaisseaux vicieux, il doit être condamné, si le vin ou l'huile qu'on y a mis a coulé ou s'est gâté (GAIUS).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1773, et autorités cités sur article 1771.

Troplong, Du Prêt, sur art. 1891 *C. N.* } 163. L'art. 1891 est l'expression d'une règle d'équité et d'un devoir de morale qui frappent par leur évidence. Quand l'emprunteur

mention du remboursement des impenses, n'opère aucune fin de non-recevoir.

" C'est ce que nous apprenons de Gaius, qui dit que, dans tous ces cas, l'emprunteur, ne pouvant pas obtenir le remboursement de ses impenses par la voie de la rétention, doit avoir recours à l'action *commodati contraria*. L. 18, § 4, ff. *commodati vel contra*. Pothier, *ibid.* nos 82 et 83."

vient vous demander un service, et que vous faites dégénérer ce service en une cause de dommage, vous commettez une trahison. " *Nam et qui gratificantur cuipiam*, dit Cicéron, *quod " obsit illi cui prodesse velle videantur, non benefici neque libe- " rales, sed perniciosi assentatores judicandi sunt* (1)."

Par exemple : Pierre, qui a besoin d'un cheval pour faire une course obligée, s'adresse à Paul pour lui demander un cheval, et ce dernier, sachant que Pierre est mauvais écuyer, choisit dans son écurie le cheval le plus fougueux. Il y a dans ce fait une lâche surprise ou une mauvaise plaisanterie. Paul ne saurait être trop sévèrement puni du dommage que son dol aura occasionné à Pierre.

Si Saint-Evremont a pu s'égayer aux dépens d'un pauvre jésuite à qui le maréchal d'Hocquincourt avait prêté malignement un coursier difficile, tandis que le bon père lui avait demandé ia monture la plus douce, *comme il lui convenait*, c'est que le jésuite en avait été quitte pour la peur. J'aime à croire que l'homme du monde n'aurait pas ri si l'homme d'Eglise avait eu mal.

Il en serait de même si Pierre ayant emprunté à Paul des vases pour mettre du vin, celui-ci s'était appliqué à lui prêter un tonneau qu'il savait en mauvais état et devoir laisser échapper le liquide (2).

164. Mais si le prêteur avait agi de bonne foi, dans l'ignorance du vice de sa chose, sa responsabilité cesserait d'être

(1) *De officiis*, lib. I, c. XIV.

(1) Caius, l. 18, § 3, D., *commod.* : " *Item qui, sciens, vasa viliosa commodavit*, etc." Et Paul, l. 22, D., *commod.*

Add. Op. conf. de Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 324, où il dit : " Mais pourquoi n'est-il tenu que des vices qu'il a connus et qu'il a dissimulés, tandis que, dans la vente et le louage, le vendeur et le bailleur sont tenus même des vices qu'ils ne connaissaient pas ? C'est que le commodat est un contrat de bienfaisance, et que, conséquemment, le prêteur doit être assimilé au donateur, qui n'est tenu que de son dol ; mais dans ce cas, l'action nait plutôt du dol commis par le prêteur que de la nature même du contrat."

engagée (1) ; notre texte est positif : il n'attache de responsabilité qu'à la connaissance du défaut source du dommage. Dans la vente et dans le louage il n'en est pas ainsi, par une raison bien simple. Le vendeur et le locateur, retirant un profit de leur chose, doivent répondre de ses imperfections dommageables. Mais le prêt est gratuit, et le prêteur qui livre sa chose telle qu'elle est, dans l'ignorance de ses vices, n a pas de responsabilité à encourir (2).

165. Dira-t-on que du moins le prêteur s'est mis en faute en ne recherchant pas, avant de faire le prêt, si la chose était en état de faire le service demandé ? Non ! ce serait pousser la rigueur au delà des justes bornes, et notre article nous défend d'aller jusque-là. Le prêteur n'est tenu envers l'emprunteur qu'à ne pas lui faire de mal par dol et sciemment. Il livre à l'emprunteur ce que l'emprunteur lui demande. En quoi donc pourrait-il être fautif ? C'est pourquoi, fort du texte de notre article, je dis avec le président Favre, et malgré Bartole et Pothier (nº 84), qu'il n'y a pas même lieu à parler ici de faute lourde. Le prêteur ne commet de faute d'aucune d'espèce. Il n'est répréhensible que lorsqu'il se rend coupable d'un dol caractérisé en livrant sciemment une chose malfaisante. " Qua ratione tentari etiam, non im- " probabiliter potest, commodatorem, de lata culpa non teneri, " licet contra sentiat hic Bartolus, quia tametsi lata culpa " prope dolum sit, dolus tamen non est (3)."

166. Nous ajoutons que même à l'égard du dol il faut se montrer réservé, et qu'on ne doit pas l'admettre facilement contre le commodant. Aussi Julianus disait-il : " Quin etiam " paulo remissius circa interpretationem doli mali debere

(1) Arg. de la loi 22, D., *commod.*

(2) Favre, sur la loi 18, § 3, D , *comm.*, d'après Accurse.

(3 Favre. *loc. cit.*

Add. Op. conf. de Duvergier, nº 111, où il dit : " Le défaut d'avertissement est en pareil cas, ou un dol, ou au moins une faute lourde ; c'est à celui qui en est l'auteur à en réparer les conséquences." Idem de Duranton, nº 549 ; d'O. Leclercq, t. VI, p. 348.

" nos versari; quoniam nulla utilitas commodantis interve-
" niat (1)."

167. Si la chose est vicieuse et que le prêteur en avertisse l'emprunteur, tout se trouve sauvé. C'est à l'emprunteur à voir s'il lui convient, ou non, d'accepter le prêt ; il ne doit s'en prendre qu'à lui-même de sa résolution.

168. Quand le vice de la chose est connu de l'emprunteur, ou qu'il est assez apparent pour ne pas échapper à l'inspection, nul reproche ne peut être fait au prêteur qui ne l'a pas prévenu d'une manière spéciale (2) ; l'avertissement aurait été surabondant. C'est sous l'influence de la connaissance du danger de la chose que le contrat s'est fait : l'emprunteur est présumé avoir accepté l'emprunt avec les risques qui y sont attachés, et sauf à prendre les moyens de s'en garantir.

(1) L. 61, § 6, D., *de furtis.*

(2) Delvincourt, t. III, notes, p. 410.

Add. Op. conf. de Duvergier, n° 112.

O. Leclercq dit, t. VI, p. 348 : " S'il était possible de ne pas s'en apercevoir, je pense que le prêteur y serait tenu, il devait toujours en avertir l'emprunteur; mais si on devait nécessairement s'en apercevoir, alors un avertissement devient inutile, l'emprunteur doit s'imputer à lui-même de s'être servi de la chose."

Malleville dit, p. 36 : " Cet article 1891 est conforme à la loi 18, § 3, ff. *hic ;* on le trouva dur cependant, et l'on craignit qu'il n'empêchât le commodat. Par exemple, dit-on, si j'ai prêté une échelle en mauvais état, serai-je responsable de l'accident arrivé à celui qui s'en est servi ?

" On répondit que l'article devait s'entendre d'une manière conforme à l'équité, et s'appliquer au cas seulement où, faute d'avoir déclaré les défauts de la chose prêtée, il en était résulté du dommage pour l'emprunteur ; par exemple, si on lui a prêté un cheval morveux qui ait fait périr les siens. La loi parle de vaisseaux gâtés qui ont corrompu son vin ou son huile, d'animaux vicieux, etc. La loi 61, § 6, ff. *de furt.*, ajoute qu'on ne présume pas facilement le dol de la part du prêteur qui rend un office gratuit. La loi pénult., ff. *hic*, n'exige pas même que le prêteur avertisse l'emprunteur, si celui-ci connaissait d'ailleurs les défauts et s'ils étaient notoires ; ce qui répond au cas de l'échelle."

CHAPITRE DEUXIÈME.

DU PRÊT DE CONSOMMATION.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1777. Le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur livre à l'emprunteur une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par ce dernier de lui en rendre autant de même espèce et qualité.

CHAPTER SECOND.

OF LOAN FOR CONSUMPTION (*Mutuum*).

SECTION I.

GENERAL PROVISIONS.

1777. Loan for consumption is a contract by which the lender gives the borrower a certain quantity of things which are consumed by the use made of them, under the obligation by the latter to return a like quantity of things of the same kind and quality.

---

* *C. N.* 1892. } Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière, de lui en rendre autant de même espèce et qualité.

---

* *ff. De Rebus creditis, liv.* 12, *tit.* 1, *L.* 2, § 1-2. } 1. Mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero, mensura consistunt: quoniam eorum datione possumus in creditum ire: quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quàm specie: nam in cæteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

2. Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio (PAULUS).

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } 1. On ne doit prêter que les choses qui peuvent se compter, se peser, se mesurer; parce qu'en transférant le domaine de ces choses, nous pouvons contracter un prêt, puisqu'il est possible de les remplacer par une autre du même genre, et que le paiement peut s'en faire en rendant une chose de même espèce, au lieu de celle qui a été prêtée. Car, ce qui fait que les autres choses ne peuvent point devenir la matière du prêt, c'est qu'on ne peut pas donner en paiement à son créancier, malgré lui, une chose différente de celle qu'on lui doit.

2. Le prêt, *mutui datio*, tire son étymologie de ce que la chose prêtée de mienne devient vôtre. Ainsi, si le domaine n'est pas transféré à celui qui emprunte, l'obligation du prêt n'est pas contractée (PAUL).

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Prêt de consomption*, *n°* 1. } 1. Le contrat de *prêt de consomption* est celui qu'on appelle MUTUUM. On peut le définir " un contrat par lequel l'un des contractants donne et transfère la propriété d'une somme d'argent, ou d'une certaine quantité d'autres choses qui se consomment par l'usage, à l'autre contractant, qui s'oblige de lui en rendre autant (1)."

Celui qui la donne à l'autre, à la charge qu'il lui en rendra autant, s'appelle *le prêteur*. Celui qui la reçoit, en s'obligeant d'en rendre autant, est *l'emprunteur*.

1778. Par le prêt de consommation l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée, et la perte en retombe sur lui.	1778. By loan for consumption the borrower becomes owner of the thing lent, and the loss of it falls upon him.

(1) *V.* art. 1892 C. civ. (BUGNET.)

[ARTICLE 1778.]

* *C. N.* 1893. } Par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée; et c'est pour lui qu'elle périt, de quelque manière que cette perte arrive.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1766 et 1777.

---

* *ff. De Rebus creditis, liv.* 12, *tit.* 1, *L.* 2, § 4. } In mutui datione oportet dominum esse dantem. Nec obest, quod filius-familias, et servus dantes peculiares nummos, obligant. Id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam : nam mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint (PAULUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Dans le prêt, il faut que celui qui prête soit propriétaire de la chose prêtée. Mais, dira-t-on, un fils de famille ou un esclave qui prête des deniers de son pécule acquiert une obligation, et on doit observer qu'il en est de même en ce cas, que si quelqu'un prêtoit de l'argent à un autre par mon ordre : car alors l'obligation me serait acquise, quoique les deniers prêtées ne fussent pas à moi (PAUL).

---

* 5 *Pothier (Bugnet), Du Prêt de Consomption, n°* 4-5, 50. } 4. Il est de l'essence du contrat de prêt de consomption, que la propriété de la chose prêtée soit transférée à l'emprunteur : il ne suffit pas qu'il lui en ait été fait une tradition réelle, si cette tradition ne lui en a pas transféré la propriété.

C'est cette translation de propriété qui fait le caractère essentiel et distinctif du prêt de consomption ; c'est ce qui le distingue du prêt à usage, et c'est de là que lui vient le nom de *mutuum :* car, comme dit Paul, *Appellata mutui datio ab eo quod de meo tuum fiat; et ideo si non fiat, non nascitur obligatio;* L. 2, § 2, ff. *de Reb. cred.*

De là il suit que, pour que le prêt soit valable, il faut que le prêteur soit le propriétaire de la chose qu'il prête ; ou, s'il ne l'est pas, que ce soit du consentement du propriétaire qu'il en fasse le prêt, puisque, autrement, il ne pourrait pas en transférer la propriété : *In mutui datione oportet dominum esse dantem ;* L. 2, § 4, ff. *de Reb. cred.*

Quoique le prêteur soit propriétaire de la chose qu'il prête, il faut encore, pour que le prêt soit valable, qu'il ait le droit d'aliéner : c'est pourquoi un prêt qui serait fait par un mineur ou par un interdit, ne serait pas valable.

5. Quoique le prêt de consomption ne soit pas valable tant que la propriété des choses n'a point été transférée à l'emprunteur, soit que le prêteur n'en fût pas le propriétaire, soit qu'il ne fût pas capable de les aliéner, et qu'en conséquence l'emprunteur n'acquière point le droit de s'en servir et de les consommer ; qu'il ne contracte point non plus l'obligation propre à ce contrat, qui est de rendre une pareille somme ou pareille quantité, mais qu'il demeure seulement tenu de rendre les mêmes choses individuellement qu'il a reçues, comme l'est tout possesseur de la chose d'autrui ; néanmoins, si, de fait, l'emprunteur a de bonne foi consommé l'argent ou les autres choses qu'il a reçues, cette consomption supplée à ce qui manquait à la validité du contrat, et oblige l'emprunteur envers le prêteur à la restitution d'une pareille somme ou quantité que celle qu'il a reçue, de la même manière que si le contrat eût eu toute sa perfection, et que la propriété des choses qu'il a reçues lui eût été transférée : *Omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum qui acceperit ;* L. 19, § 1 *; et si fur dedit.. consumptis eis nascitur condictio ;* L. 13.

La raison de ceci est sensible. Si la translation de la propriété des choses prêtées est nécessaire dans le contrat de prêt de consomption, c'est afin que l'emprunteur puisse se servir des choses prêtées ; ce qu'il ne peut faire qu'en les consommant, et ce qu'il n'a pas droit de faire, s'il n'en est pas le propriétaire. Mais lorsque, dans le fait, quoiqu'il n'en eût pas

le droit, il s'est servi des choses qui lui ont été prêtées, et les a consommées, il est dès lors indifférent que la propriété lui en ait été transférée ou non : le prêt, par la consomption de bonne foi qui a suivi, lui a causé la même utilité que s'il lui avait transféré effectivement la propriété de ces choses, et par conséquent il doit produire de sa part la même obligation que si la propriété lui eût été transférée.

50. Quoique l'emprunteur n'ait pu se servir de la somme d'argent qui lui a été prêtée, *putà*, parce qu'en sortant de chez le prêteur qui venait de la lui compter, et avant que d'arriver au lieu où il allait porter cette somme, il a rencontré des voleurs qui la lui ont ravie, il n'est pas pour cela déchargé de la rendre au prêteur ; car, étant devenu propriétaire des espèces qui lui ont été comptées, par la tradition qui lui en a été faite, elles sont devenues à ses risques, c'est lui qui en doit porter la perte ; n'étant pas débiteur de ces espèces *in individuo*, mais d'une pareille somme, la perte de ces espèces n'a pu éteindre son obligation. *Voy.* notre *Traité des Obligations*, n° 658.

---

* 2 *Prevost de la Jannès*, *n°* 536 *et s.* } 536. Le prêt est la convention dans laquelle on donne une chose pour qu'on nous rende ou la même, ou la pareille, au bout d'un certain tems.

La différence des choses qu'on prête produit donc deux sortes de prêts ; le premier, qu'on peut nommer prêt à usage (*commodatum*) des choses qu'on peut rendre en nature après qu'on s'en est servi, comme de la vaisselle d'argent, un lit, une tapisserie : le second, qu'on peut nommer prêt à consomption, de celles qu'on ne peut faire servir à l'usage auquel elles sont destinées sans les consumer.

Telles sont toutes les choses que la nature a faites pour servir à la nourriture des hommes ; telle est la monnoie qui fait l'estimation de toutes choses, et qu'on n'a plus, quand on s'en est servi ; et généralement toutes les choses, qui se

commerçant au poids, au nombre et à la mesure, se remplacent mutuellement.

De-là vient que dans le prêt à usage, celui qui a emprunté ne devient pas propriétaire de la chose prêtée, il la possede au nom de celui de qui il la tient; il doit donc la rendre en nature dans le tems fixé par la convention, ou à la volonté du propriétaire, s'il n'y a point de tems marqué après qu'il s'en sera servi.

537. Il doit pendant ce tems en avoir soin avec toute l'attention possible ; il est responsable des moindres fautes, mais il n'est jamais tenu des cas fortuits, à moins qu'il n'y eût donné lieu en se servant de la chose à d'autres usages que ceux pour lesquels elle lui avoit été donnée, ou qu'il ne fût en demeure de la restituer.

Plusieurs, contre la décision des Jurisconsultes Romains, ajoûtent une troisieme exception, sçavoir, lorsque la chose, quoique périe par un cas fortuit, ne seroit pas également périe si elle fût demeurée entre les mains du propriétaire, qui ne doit pas souffrir du plaisir qu'il a fait.

Si le prêt n'étoit pas gratuit, il deviendroit louage.

Si l'emprunteur fait quelque dépense pour conserver la chose, cette depense doit lui être remboursée, si ce n'est qu'elle ait été occasionnée par l'usage qu'il a fait, ou qu'on ne doive la regarder comme une condition de cet usage.

Ainsi celui qui a emprunté un cheval pour s'en servir, est tenu de le nourrir, et si le cheval est devenu malade par quelque accident occasionné par le voyage, il ne pourra se faire rembourser de ce qu'il lui en a coûté pour le faire guérir.

538. C'est une suite au contraire de la nature du prêt à consomption, que celui qui emprunte devienne propriétaire de la chose prêtée, qui est par conséquent à ses risques dès l'instant qu'elle est entre ses mains; celui qui a prêté, de propriétaire qu'il étoit, devient seulement créancier de celui à qui il prête, pour exiger de lui une espece et une quantité pareille à celle qui lui a été livrée.

S'il ne paye donc pas dans le terme porté par la convention, il lui devra les intérêts au denier vingt : on a regardé ces intérêts comme la fixation de l'indemnité dûe au créancier, pour la demeure de son débiteur : mais le débiteur ne peut être constitué en demeure, que par la demande judiciaire et la condamnation qui intervient en conséquence.

Il y a cependant quelques Parlemens des Pays de Droit Ecrit, où les intérêts courent du jour que le débiteur est en demeure, et où l'on autorise la stipulation de ces intérêts compensatoires : mais dans quelque Parlement que ce soit, il n'est pas permis de stipuler des intérêts, pour raison du prêt qu'on fait, et pour l'usage qu'on accorde de son argent ; ce seroit l'usure que les loix Ecclésiastiques et Civiles de concert ont réprouvée.

L'Edit du 22 Décembre 1665, défend toutes stipulations d'intérêts à peine de nullité, si ce n'est dans les promesses entre les Marchands fréquentans les Foires de Lyon, pour cause de Marchandises.

Sans ces loix, le prêt à intérêt, renfermé dans les bornes où la raison naturelle semble le permettre, pourroit peut-être être regardé comme légitime, sçavoir, lorsque l'argent auroit été utile au créancier qui prête, et qu'il doit l'être au débiteur qui emprunte ; car il n'y a peut-être point dans la raison naturelle de principe plus clair que celui qui nous apprend que toute renonciation a un droit utile *pretio estimabili*, et auquel on n'est tenu, ni par les loix de la Justice, ni de la Charité, de renoncer, peut être mise à prix.

Le prêt même étoit nécessaire dans le commerce pour animer la circulation ; il a donc fallu inventer un nouveau contrat qui suppléât aux avantages du prêt à intérêts, et en séparât tout le vice ; on l'a fait par le contrat de constitution de rente.

Troplong, Du Prêt, sur arts. 1892 *et s. C. N.*

201. Il faut voir à présent les personnes entre lesquelles le prêt peut intervenir.

Et d'abord occupons-nous de la capacité du prêteur.

202. Nous avons déjà vu au n° 188 que les mineurs et les interdits ne peuvent faire un prêt valable ; nous avons dit à ce propos, que le droit romain faisait découler pour eux la prohibition de prêter de la prohibition d'aliéner, et que dans cet ordre d'idées le prêt se trouvait manquer, en ce qui concerne l'incapable, d'une de ses conditions essentielles : savoir : la translation de la propriété de la chose prêtée. En effet, l'emprunteur n'avait pu être investi de la propriété de la chose au regard du mineur, qui n'avait pas le droit de l'aliéner.

Ces notions n'avaient rien qui ne fût légitime, à la condition toutefois de renfermer dans la personne du mineur la nullité de l'obligation et les vices du transport de la chose.

Mais certains interprètes, franchissant les limites d'une nullité relative, et se plaçant au point de vue d'une nullité absolue, avaient poussé jusqu'à l'iniquité cette décision du droit romain qui voulait que la propriété ne fût pas transférée. Ils disaient donc : Sans doute, si la chose prêtée vient à être consommée par l'emprunteur, le mineur aura une action contre ce dernier : la consommation en sera le principe. Mais s'il n'y a pas eu de consommation, et si, par exemple, un instant après que l'argent a été prêté, il vient à être volé à l'emprunteur par force majeure, cet argent aura péri pour le mineur : *res perit domino.* Le mineur n'en a pas légalement transféré la propriété ; c'est lui qui est resté propriétaire. La perte doit donc retomber sur lui.

Telle était la doctrine adoptée et défendue par Doneau (1). Accurse l'avait trouvée inique, ainsi que l'avoue cet auteur en le combattant ; Accurse ne comprenait pas comment la condition du mineur aurait pu se trouver plus mauvaise que celle de majeur, moins protégé que lui.

(1) Sur la loi 19, § 1, D., *de reb. cred*, n° 2.

Si ces discussions ont pu avoir quelque importance avant le code civil, elles l'ont, à l'heure qu'il est, entièrement perdue, et l'avis d'Accurse, ne saurait souffrir aucune difficulté (1). Les contrats passés par les mineurs n'étant atteints que d'une nullité relative (2), quel cas peut-on faire du sen-

(1) *Junge* Toullier, t. VII, n° 6.

Add. Duvergier dit, n° 154 : " Toullier, en traitant des payements faits par les mineurs, a eu occasion de réfuter une argumentation analogue à celle-ci ; elle lui inspire presque de l'indignation. Voici comment il s'exprime :

" Les pupilles, n'étant point capables d'aliéner, ne pourraient payer, " disait-on, parce qu'ils ne transféraient pas la propriété de ce qu'ils " payaient : *Quia in quod solvunt non fit accipientis* (§ 3, Instit., *quib.* " *alien. licet vel non*). La chose qu'il avaient livrée en payement conti- " nuait de leur appartenir, et Doneau, sur la loi 19, § 1, ff. *de reb. cred.*, " en tire l'absurde mais naturelle conséquence que, si cette chose péris- " sait par cas fortuit entre les mains du créancier, elle périssait pour le " compte du pupille qui n'était pas libéré, *res perit domino.* Il n'était " libéré que dans le cas où le créancier avait consommé la chose payée.

" L'absurdité d'une telle conséquence démontre l'absurdité du prin- " cipe.

" N'est-il pas d'une absurdité frappante, par exemple, qu'un mineur " qui, pour se libérer, m'aura livré un cheval que son père avait promis " de me donner, en vertu d'un échange, soit néanmoins, si le cheval pé- " rit par cas fortuit, tenu d'en payer la valeur, uniquement par la raison " que, le payement étant une *aliénation,* la propriété du cheval a conti- " nué de résider sur sa tête ?

" Le sage Domat n'avait point rappelé dans ses *Lois civiles* cette doc- " trine du droit romain, sans doute parce qu'il ne jugeait pas qu'elle " convînt à nos usages ni aux maximes plus simples du droit français " (liv. IV, tit. I, sect. III)."

" J'ajoute seulement que faire dériver la nullité du prêt de ce que la propriété des choses prêtées n'est pas transmise, ce n'est pas remonter à la cause première. Si l'on recherche pourquoi la propriété n'est pas transmise, on reconnaît que c'est parce que le mineur est incapable de contracter. Or l'article 1125 du code civil dit formellement : " Les per- " sonnes capables de s'engager ne peuvent opposer au mineur son inca- " pacité." Op. conf. de Duranton, n° 568.

(2) Art. 1125 du code civil.

timent de Doneau, qui ne tend à rien moins qu'à faire planer sur l'engagement une nullité absolue ?

203. On enseigne quelquefois que, lorsque la chose a été consommée de bonne foi par l'emprunteur, qui ignorait la minorité, le prêt a été convalidé par la consommation (1).

Cette opinion, que l'on appuie sur la loi 19, § 1, D., *de reb. cred.*, et sur le § 2 des Institutes, *quib. alien. non licet*, ne me paraît pas trouver dans ces textes un soutien solide. Les lois invoquées ne font que qualifier l'action du mineur pour être payé, action dont le nom varie suivant que les choses sont extantes ou qu'elles ont été consommées de bonne ou de mauvaise foi (2) ; mais elles ne disent pas que le vice du prêt est purgé (3). Et comment cette circonstance pourrait-elle

(1) Voet, nº 8 ; Pothier, nºˢ 7, 21 ; Duranton, t. XVII, nº 567.

(2) *Suprà*, nº 188.

(3) Add. Duranton dit, nº 567 : " Mais s'il les a reçues et consommées de bonne foi, croyant que celui qui lui faisait le prêt était majeur, le prêt est devenu valable par cette consommation, et le mineur a acquis par là l'action du prêt ; si celui qui a reçu les choses les a reçues ou même consommées de mauvaise foi, le droit romain le déclarait passible de l'action dite *ad exhibendum*, qui avait pour effet de le faire condamner au payement d'une pareille quantité, et aux dommages et intérêts s'il y avait lieu. Chez nous, où les actions n'ont pas, à proprement parler, de dénominations spéciales, cette dernière se confondrait avec celle du prêt, et l'une produirait en général le même résultat que l'autre."

Après avoir rapporté ce passage, Duvergier dit, nº 155 : " Sans doute, lorsque les choses seront consommées, la revendication sera impossible, et le mineur ou son tuteur ne pourra exiger que des choses de même espèce, en même nombre et de même qualité que celles qui auront été livrées : c'est là, je l'avoue, précisément l'effet d'un prêt contracté entre majeurs et parfaitement valable.

" Pothier, nº 7, va plus loin que Duranton : " Il n'importe, dit-il, que " la consomption qu'aura faite l'emprunteur ait été de bonne foi ou de " mauvaise foi. De quelque manière qu'elle ait été faite, l'emprunteur, " par cette consomption, contracte envers le prêteur l'obligation de lui " rendre la somme prêtée, telle que celle qui naît *ex mutuo*."

" Pothier a raison, si l'on doit faire dépendre la solution des effets de la consommation. Comme ces effets sont les mêmes, soit qu'il y ait eu

changer l'état des choses, et imposer au mineur un engagement qui ne peut résulter que d'un pacte valable (1) ? N'est-ce pas le cas, dès lors, de repousser avec Noodt cette maxime souvent fautive : *Consummatione mutuum fit* (*suprà*), n° 187).

203 2° (2).

204. Le mineur émancipé et celui à qui il a été donné un conseil judiciaire, ne pouvant pas aliéner leurs capitaux, ne sont pas plus capables de les prêter que le mineur et l'interdit (3).

205. La femme séparée de biens peut disposer de son mobilier. Elle peut donc prêter (4).

bonne foi, soit qu'il y ait eu mauvaise foi, dans les deux cas la consommation validerait également le prêt.

" Mais il n'est pas vrai, comme le supposent Pothier et Duranton, que la consommation des choses prêtées place nécessairement les parties dans la position où elles seraient par suite d'un prêt valable. Voici en quoi consiste la différence :

" Lorsqu'il est reconnu que la minorité du prêteur a vicié le contrat, l'emprunteur n'a pas droit de réclamer le bénéfice du terme stipulé ; le lui accorder, serait donner effet à la convention.

" Au contraire, l'emprunteur qui a contracté avec une personne capable, peut incontestablement se refuser à la restitution, tant que le terme fixé par le contrat n'est pas échu. On voit donc bien que, quoique après la consommation il n'y a plus qu'une action en restitution pour le prêteur, il ne faut pas confondre cette action avec celle qui naît du *mutuum*, et qu'il n'est pas exact de dire que le prêt devient valable par la consommation des choses prêtées."

(1) *Junge* Duvergier, n° 155.

(2) Add. *La fausse opinion que l'emprunteur aurait que le prêteur est majeur, ne couvre point la nullité.* — Duvergier l'enseigne ainsi, n° 156, où il dit : " Au surplus, la fausse opinion que l'emprunteur aurait que le prêteur était majeur ne doit rien changer à la solution. Le mineur n'en est pas moins restitué contre ses engagements, quoiqu'il ait lui-même déclaré qu'il était majeur (code civil, art. 1307)."

(3) Add. Op. conf. de Duvergier, n° 160.

(4) Add. Op. conf. de Duvergier, n° 161.

206. Nous nous sommes occupé, au nº 187, du prêt fait *a non domino.*

207. En parlant des mineurs et des incapables, nous avons dit que le droit romain, rigoureusement conséquent au principe qui place dans le prêt une aliénation, rattachait le droit de prêter au droit d'aliéner, et nous avons suivi cette idée dans notre exposition des incapacités dont nous avons traité jusqu'à présent.

D'un autre côté, cependant, nous trouvons plusieurs cas où le droit de prêter est corrélatif au droit d'administrer. C'est ainsi que la loi 11, D., *de usuris*, donne à l'administrateur d'une cité le pouvoir de prêter les deniers à elle appartenant ; c'est ainsi encore qu'il résulte de la loi 15, D., *de adm. et peric. tutor.*, que le tuteur peut prêter les deniers du pupille. (Voet, *De reb. cred.*, nº 7.)

Mais tout cela se concilie à merveille, et la contradiction n'est qu'apparente. Le tuteur, précisément parce qu'il est chargé d'administrer les biens du pupille en bon père de famille (art. 450 du code civil) a le droit d'aliéner les meubles appartenant au mineur (art. 452 du code civil), afin que le patrimoine de ce dernier ne soit pas appauvri par la détérioration dont ce genre de propriété est susceptible. Il faut même qu'il fasse emploie des capitaux d'une manière utile et qu'il les rende productifs (art. 455, 456). Le prêt n'excède donc pas les bornes de son administration : il est le corollaire du droit, dont il est investi, d'aliéner, pour un plus grand profit, le mobilier du mineur.

208. D'après le jurisconsulte Paul, l'associé qui prête l'argent appartenant à la société n'oblige celle-ci qu'autant qu'il a son consentement ou ses pouvoirs ; sinon, le prêt ne vaut que pour sa part (1). C'est toujours la suite du même principe. L'associé ne peut aliéner les choses même mobilières

(1) Paul, l. 16, D., *de reb. credit*, (lib. XXXII, *ad edict.*) ; Voet, nº 7 ; Favre, *Ration.* sur cette loi ; Cujas, dans son commentaire de Paul.

de la société (1); donc il dépasse son droit en les prêtant à consommation. Voilà la règle logique et pratique.

En fait cependant, il n'est pas impossible de se trouver conduit à d'autres résultats. Le prêt à intérêt étant un moyen de féconder les capitaux, et, d'un autre côté, les capitaux d'une société ne devant pas rester oisifs, on conçoit qu'il peut être quelquefois d'une bonne administration de placer à intérêt, à de courtes échéances et avec de bonnes sûretés, la portion flottante de l'avoir social; alors le prêt peut rentrer dans la catégorie des actes d'administration autorisés par l'art. 1859 du code civil (2).

Néanmoins il ne faudrait pas abuser de ce tempérament, et la règle de Paul est vraie dans les cas les plus nombreux. Le capital social doit rester disponible dans les mains de la société pour ses affaires propres ; il serait dangereux qu'un associé se permît d'en disposer par des prêts qui gêneraient le mouvement social.

208 2° (3).

(1) Mon *Comm. de la Société*, n° 744.

Add. Voy. *Commentaire des commentaires*, le tableau de la doctrine sur la question.

(2) Add. Duvergier dit, n° 151 : " Le prêt qui est fait par un associé n'est valable que pour sa part, à moins qu'à raison de la nature de la société, il ne doive être considéré comme un acte d'administration."

(3) Add. *Différence, quant au résultat, entre la nullité du prêt fait par un incapable et la nullité du prêt* A NON DOMINO.— Duvergier dit, n°s 152, 153 : " Mais la nullité qui naît de ce que le prêteur n'avait pas capacité d'aliéner, et celle qui résulte de ce qu'il n'était pas propriétaire, ne doivent pas être confondues ; elles n'ont ni le même caractère, ni les mêmes effets.

" La première peut toujours être proposée dans l'intérêt de l'incapable, soit que les choses prêtées existent encore entre les mains de l'emprunteur, soit qu'elles aient été consommées par lui-même de bonne foi. Dans un cas, on exigera la restitution en nature ; dans l'autre, la remise de choses semblables, en même quantité et qualité.

" Si, au contraire, quelqu'un a prêté ce qui ne lui appartenait point, il ne pourra point opposer la nullité à l'emprunteur, et demander la resti-

209. Passons à la capacité de l'emprunteur.

De sages précautions défendent l'emprunt aux mineurs (1), même aux mineurs émancipés (art. 483 du code civil) et aux prodigues (art. 513 du code civil). De tous les contrats, celui qui est le plus propre à surprendre la faiblesse des esprits irréfléchis, c'est l'emprunt. Il est semé de piéges, de dangers, de déceptions ! il précipiterait la ruine des familles et des mœurs, si le législateur ne s'était montré vigilant (2).

210. Le tuteur lui-même ne peut emprunter sans l'autorisation du conseil de famille (3).

211. Ulpien parle, dans la loi 27, D., *de reb. cred.*, des emprunts faits par les municipalités. Il décide que l'emprunt ne réfléchit contre elles que lorsque l'argent a tourné à leur profit ; qu'autrement il n'y a d'obligés que ceux qui ont contracté pour elles (4), à moins qu'ils n'aient eu un pouvoir légal pour contracter l'emprunt (Voet, n° 11).

Dans le droit moderne, l'emprunt est considéré pour les municipalités comme une ressource extraordinaire, à laquelle il ne faut recourir que dans une nécessité bien reconnue. Les villes dont le budget atteint ou dépasse 100,000 fr. ne peuvent emprunter qu'en vertu d'une loi (5). Mais lorsqu'une commune n'a pas 100,000 fr. de revenus, les emprunts proposés par les conseils municipaux peuvent être effectués moyennant une ordonnance du roi (6).

tution avant l'époque fixée par la convention. Le véritable propriétaire sera seul recevable à réclamer, dans les termes et de la manière qui seront ci-après indiqués. Voy. p. 152 note 2."

(1) Despeisses, *du Prêt*, sect. I, n°s 4 et 5, cite les textes.

(2) Toullier, t. VII, n° 589.

Add. Sur l'incapacité du mineur, voy. *Commentaire des commentaires sur les Hypothèques*, n°s 480 et suiv.

(3) Art. 457 du code civil.

(4) *Junge* Noodt, *De reb. cred.*

(5) Loi française du 15 mai 1818, art. 43.

(6) Idem ; Leber, *Histoire critique du pouvoir municipal*, p. 582.

Add. Voy., pour la Belgique, l'art. 76 de la loi communale du 30 mars 1836.

212. Dans le droit romain, le célèbre sénatus-consulte Macédonien donnait au fils de famille majeur, à qui de l'argent avait été prêté, une exception contre son créancier; et ce dernier était sans action pour exiger son payement (1). Le sénat avait voulu prévenir les emprunts qui poussaient les jeunes gens à la dissipation et à la débauche, et qui, après les avoir perdus d'usures, leur suggéraient de funestes desseins contre la vie de leurs parents.

Ce système n'est plus en vigueur sous le code civil ; il n'a pu survivre à la chute de la puissance paternelle au delà de la minorité.

212 2° (2)

(1) Instit. de Justinien, *quod cum eo qui*, § 7 ; Ulpien, l. 1, D., *ad senatusc. Maced.* ; Tacite. Annal., XI, 13 ; Suétone, *in Vesp.*, 11.

(2) Add. *L'emprunt fait par le mineur, en déclarant qu'il est majeur et en produisant un faux acte de naissance, peut être déclaré nul selon les circonstances.*—Duvergier dit à ce sujet, n° 163 : " L'ancienne jurisprudence avait également accumulé les précautions contre les prêts faits aux mineurs, parce que ce sont, de tous les engagements qu'ils peuvent contracter, ceux qui offrent pour eux le plus de dangers, et dont on cherchait à assurer l'exécution par toutes sortes de ruses.

" Un artifice qui était souvent mis en usage consistait à faire déclarer par le mineur qu'il était majeur. " Cela était même tourné en style de " notaire," dit Toullier, t. VII, n° 589.

" Pour déraciner cet abus, ajoute-t-il, un arrêt de règlement du parle-" ment de Paris du 6 mars 1620, défendit aux notaires de plus insérer " dans les contrats et obligations *conçues pour prêts* les déclarations de " majorité et extraits baptistaires, sous peine de nullité. Par un autre " arrêt de règlement, rendu chambres assemblées, la cour, en ordonnant " l'exécution des arrêts précédents, fit défenses à toutes personnes de " prêter argent aux enfants de famille, encore qu'ils se disent majeurs " et en majorité, et qu'ils mettent l'extrait de leur baptistaire entre les " mains de ceux qui leur prêtent, à peine de nullité des promesses, etc."

" Toullier justifie cette doctrine, en disant que " celui qui prête ses " deniers n'est jamais présumer ignorer la condition, l'age et la qualité " de celui avec qui il traite ; que s'il n'en est pas certain, il doit s'en in-" former autrement que par de pareilles déclarations et représentations " d'extraits baptistaires."

" Il cite diverses autorités ; et il se demande si sous l'empire de la

213. Les emprunts faits par une société ou par ses administrateurs ont été traités dans notre commentaire du titre *de la Société* (n° 684).

214. La femme mariée est capable d'emprunter avec l'autorisation de son mari (art. 217 du code civil). Tous les jours on voit des femmes séparées de biens emprunter en leur propre nom, avec l'autorisation de leurs maris. Il arrive aussi très-souvent que la femme commune emprunte conjointement avec son mari, et parle dans l'acte pour joindre son crédit à celui de son époux.

215. Au surplus, le droit d'emprunter appartient à tous, à moins que la loi n'en décide autrement. Il est de droit commun.

nouvelle législation, la déclaration de majorité et la praduction d'un acte de naissance qui la confirmerait empêcheraient la restitution du mineur.

" Il répond que le code n'a point reproduit les anciennes règles spéciales aux prêts, qu'il ne contient qu'une disposition générale applicable à tous les engagements, et portant que la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution.

" En se bornant, poursuit-il, à dire que la *simple déclaration de majorité* ne fait point obstacle à la restitution, le code fait entendre que, lorsqu'il y a plus que la simple déclaration de majorité, il peut y avoir obstacle. Mais quand et dans quel cas ? C'est ce que le code n'a point voulu décider. Il a laissé aux juges le soin d'appliquer le principe suivant les circonstances. Le mineur qui, dans le dessein de tromper, emploie des manœuvres pour persuader qu'il est majeur, est certainement indigne de la restitution ; il l'est davantage, s'il va jusqu'à représenter un faux acte de naissance, puisque c'est un délit qui peut l'exposer à des poursuites criminelles. Mais la simple énonciation d'un acte de naissance de telle date, a-t-elle plus de force qu'une simple déclaration de majorité ? La précaution extraordinaire, prise par l'autre partie, de se faire ressaisir d'un acte de naissance qui se trouve faux, n'élève-t-elle pas un soupçon de complicité qui peut s'accroître et se tourner en preuve par les circonstances, par le physique du mineur qui souvent décèle son âge ? Le code s'en est donc sagement rapporté à la prudence des juges."

" Cette opinion si bien justifiée doit être préférée à celle des auteurs qui considèrent la production d'un acte de naissance comme étant toujours un obstacle à la restitution." Du nombre de ces derniers est Delvincourt, t. VI in-8°, page 14.

[ARTICLE 1778.]

216. Le contrat de prêt n'est assujetti à aucune forme extérieure qui sorte des règles ordinaires.

217. Mais quand il est accompagné d'une stipulation d'hypothèque, il se revêt de la forme solennelle particulière à ce genre de contrat. C'est un de ces cas où l'accessoire l'emporte sur le principal.

218. Maintenant, à l'aide des notions dont nous venons d'être l'écho, il sera facile de se faire des idées justes sur le prêt de consommation. On saura le distinguer, soit qu'il se présente à nu, soit qu'il se cache derrière des combinaisons plus ou moins compliquées. Entrons cependant encore dans quelques explications.

Si, par exemple, une personne, prévoyant la possibilité d'avoir besoin d'argent pour un voyage à Naples, demande à un de ses amis, banquier à Paris, de lui faire avoir un crédit sur un autre banquier de Naples, et que ce dernier fasse bon accueil à la lettre de son correspondant, ce contrat contient trois choses :

1° Un crédit ouvert (1), ou une promesse de prêt que le banquier de Naples fait au voyageur. Ce n'est pas encore là un prêt ; il n'y a rien de livré ; une condition essentielle du prêt manque. C'est donc un simple crédit. " Mutuum esse " non potest, nisi proficiscatur pecunia ; creditum autem in- " terdum, etiam si nihil proficiscatur (2)." Tout se réduit à une promesse obligatoire du côté du banquier.

2° Si le voyageur fait usage du crédit, il y aura alors un prêt ; la numération des espèces fera passer de la promesse au contrat proprement dit ; autant il y aura de payements réalisés, autant il y aura de prêts distincts.

3° Enfin, le banquier de Paris cautionne le voyageur, et ce cautionnement est soumis à la condition que son recommandé fera usage du crédit.

(1) Mon *Comm. des Hypothèques*, n° 478.

(2) Paul, l. 2, § 3, D., *de reb. cred.* (lib. XXVIII *ad edict.*) *Junge* Ulpien, l. 1, D., *de reb. credit.* : " Credendi generalis appellatio est."

219. Le prêt de consommation a des rapports de similitude et de dissemblance avec l'usufruit de choses fongibles (1). Le rapport consiste en ce que, dans l'un et l'autre cas, l'emprunteur et l'usufruitier deviennent propriétaire de la chose et la consomment par l'usage, et que l'un et l'autre sont tenus à la restitution.

La différence est : 1° que l'emprunteur n'est pas astreint à fournir caution, tandis que l'usufruitier en doit une (art. 601) ;

2° Que l'usufruit s'étend, de droit, jusqu'à la mort de l'usufruitier (art. 617 du code civil), tandis que le prêt fait sans terme autorise le prêteur à demander son remboursement quand il lui plaît, sauf les tempéraments prescrits par les art. 1900 et 1244 du code civil ;

3° Que l'usufruit est toujours éteint par la mort de l'usufruitier, tandis que le prêt fait pour un temps déterminé survit au décès de l'emprunteur ;

4° Que l'usufruitier peut se libérer, soit par la restitution en nature, soit par le payement du prêt estimatif (art. 587), tandis que l'emprunteur n'a pas cette option (art. 1872, 1877, 1902 du code civil) ;

5° Qu'au cas d'option pour se libérer par le payement du prix des choses reçues, on doit se reporter au temps de la délivrance faite à l'usufruitier ; qu'au contraire, dans le prêt, lorsque l'emprunteur ne peut rendre la chose en nature, il ne peut la remplacer que par une estimation faite eu égard au temps où la chose devait être rendue d'après la convention (art. 1903).

220. Au surplus, quand nous serons parvenu au chapitre du prêt à intérêt, nous examinerons plusieurs analogies qui compléteront la comparaison du prêt avec d'autres contrats (2).

221. Passons à présent aux art. 1895, 1896 et 1897 ; ils

(1) Proudhon, *Usufruit*, n. 69.

(2) Nos 326, 365, 366, 369, 383, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392.

mettent le dernier trait aux principes relatifs à la restitution de la chose prêtée.

1779. L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme numérique reçue.

S'il y a augmentation ou diminution dans la valeur des espèces avant l'époque du paiement, l'emprunteur est obligé de rendre la somme numérique prêtée et ne doit rendre que cette somme en espèces ayant cours au temps du paiement.

1779. The obligation which results from a loan in money is for the numerical sum received.

If there be an increase or diminution in the value of the currency before the time of the payment, the borrower is obliged to return the numerical sum lent, and only that sum, in money current at the time of payment.

---

* *C. N.* 1895 } 1896. } 1895. L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat.

S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement.

1896. La règle portée en l'article précédent n'a pas lieu, si le prêt a été fait en lingots.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Prêt de consomp.*, *n°* 35 *et s.* } 35. Lorsque c'est une somme d'argent qui a été prêtée, l'obligation de l'emprunteur a pour objet une pareille somme d'argent, dont le prêteur a droit de demander le paiement à l'emprunteur, par l'action *ex mutuo*.

36. C'est une question entre les interprêtes, si l'argent prêté doit être rendu sur le pied qu'il vaut au temps du paiement, ou sur celui qu'il valait au temps du contrat?

L'usage est constant dans notre jurisprudence, qu'il doit être rendu sur le pied qu'il vaut au temps du paiement. Notre jurisprudence est fondée sur ce principe, que dans la monnaie on ne considère pas les corps et pièces de monnaie, mais seulement la valeur que le prince y a attachée: *In pecuniâ non corpora quis cogitat, sed quantitatem;* L. 94, § 1, ff. *de Solut.* Les pièces de monnaie ne sont que le signe public de cette valeur qui seule est considérée: *Ea materia formâ publicè percussa usum dominiumque non tam ex substantiâ præbet, quàm ex quantitate;* L. 1, ff. *de Contrah. empt.*

Il suit de ce principe, que ce ne sont point les pièces de monnaie, mais seulement la valeur qu'elles signifient, qui fait la matière du prêt, ainsi que des autres contrats. C'est donc la valeur signifiée par les pièces de monnaie, plutôt que les pièces mêmes qui n'en sont que le signe, que l'emprunteur emprunte, et par conséquent c'est cette valeur qu'il s'oblige de rendre; et en rendant cette même valeur, il satisfait à son obligation, quoique le prince ait apporté du changement dans les signes qui la représentent; *putà*, quoique la monnaie, qui a cours au temps du paiement, soit d'un moindre aloi ou d'un moindre poids, ou qu'étant survenu une augmentation sur les espèces, il en faille un moindre nombre pour faire cette valeur, que celui qu'il a reçu (1).

Il faut pourtant convenir que le prêteur à qui on rend la somme qu'il a prêtée en espèces augmentées, souffre un préjudice du prêt qu'il a fait: car, outre qu'il aurait profité de l'augmentation, s'il n'eût pas fait le prêt, et qu'il eût gardé ces espèces, c'est que cette valeur qu'on lui rend n'est égale que *nomine tenùs* à celle qu'il a prêtée; mais quant à l'effet, elle est moindre, et il se trouve effectivement moins riche qu'il n'était avec celle qu'il a prêtée: car, comme les mar-

(1) *V.* art. 1895, C. civ. (BUGNET).

chandises augmentent de prix à mesure que les espèces augmentent, cette somme ou valeur qu'on lui rend ne pourra pas lui procurer des choses dont il aura besoin, autant que pouvait lui en procurer celle qu'il a prêtée : il n'a donc pas le même moyen ; il est donc moins riche ; ce n'est donc que *nomine tenùs* qu'on lui rend autant qu'il a prêté ; et quant à l'effet, on lui rend moins.

On ne peut pas non plus toujours dire que le risque que court le prêteur en prêtant, de perdre l'augmentation survenue sur les espèces qu'il aurait eues, s'il les eût gardées, se compense par l'avantage qu'il a de n'être pas exposé à la perte des diminutions d'espèces, s'il arrivait de la diminution au lieu d'augmentation ; car, le prêt peut être fait dans des circonstances telles qu'il y ait beaucoup plus lieu d'attendre des augmentations que des diminutions.

Ces raisons ont fait faire à Barbeyrac une distinction entre le prêt gratuit, et le prêt à intérêt. Il pense qu'il suffit à la vérité à l'emprunteur dans le prêt à intérêt, de rendre la même somme qui lui a été prêtée, quoiqu'il la rende en espèces de moindre aloi, ou augmentées de valeur, parce que le prêteur retirant du profit du prêt qu'il a fait, par les intérêts qu'il a stipulés, doit courir le risque du préjudice que lui peut causer l'augmentation de la monnaie : mais il prétend qu'il en doit être autrement dans le prêt gratuit ; *quum iniquum sit officium suum cuique esse damnosum.*

Cette opinion de Barbeyrac pour les prêts gratuits, a quelque apparence d'équité, mais elle n'est pas suivie dans la pratique.

37. Pourrait-on prêter, non une certaine somme, mais une certaine quantité d'écus de six livres, à la charge que l'emprunteur rendrait un pareil nombre de même poids et aloi, soit qu'ils fussent augmentés ou diminués ; et que si les espèces qu'il rendrait étaient de moindre poids et aloi, il y suppléerait ; de même qu'on le récompenserait si elles étaient d'un plus fort poids ou d'un meilleur aloi.

Il semble que cette convention est valable : ce n'est point

en ce cas la somme qui est la matière du prêt, ce sont les espèces mêmes, *ipsa corpora*, qui sont prêtées; par conséquent, on doit rendre pareil nombre d'espèces de pareil poids et qualité. Je trouve néanmoins beaucoup de difficulté à admettre cette convention ; car, le prince distribuant sa monnaie aux particuliers pour leur servir de signe de la valeur de toutes choses, elle n'appartient aux particuliers que sous ce regard, et ne peut par conséquent que sous ce regard faire la matière des contrats de commerce, tel qu'est le prêt. On ne peut donc prêter la monnaie en elle même, mais seulement comme signe de la somme qu'il a plu au prince de lui faire signifier, et par conséquent on ne peut obliger l'emprunteur à restituer autre chose que cette somme; et toute convention contraire doit être rejetée, comme contraire au droit public, et à la destination que le prince a faite de la monnaie (1).

C'est en conséquence de ce principe que, lorsqu'il plaît au roi d'ordonner une nouvelle refonte de monnaie, et d'ordonner qu'il n'y aura que les espèces de la nouvelle refonte qui auront cours, et les anciennes espèces seront décriées et hors de cours, les particuliers sont obligés de porter aux monnaies ou chez les changeurs publics les espèces qu'ils ont par devers eux pour les convertir en nouvelles espèces ; car, ces espèces n'appartenant aux particuliers que comme signes de la valeur que le prince a voulu qu'elles représentassent, dès lors qu'il plaît au prince que ce ne soient plus ces espèces, mais d'autres qui soient les signes représentatifs de la valeur des choses, les particuliers n'ont plus le droit de retenir ces espèces, mais ils doivent les porter au roi, qui leur donnera à la place les nouvelles espèces qui doivent servir de signe de cette valeur.

Contre ce que nous venons de décider, qu'on ne peut pas valablement convenir par un contrat de prêt d'argent, "que

(1) L'article 1895, n'autorise pas cette convention, ou plutôt sa décision est contraire : il n'y a d'exception qu'en ce qui concerne les lingots. (BUGNET).

les espèces dans lesquelles la somme prêtée sera rendue, seront payées, non sur le pied de leur valeur au temps du paiement, mais sur le pied de la valeur qu'elles avaient au temps du prêt," on oppose que cette convention est admise en fait de lettres de change.

Je réponds que le contrat qui se fait par la lettre de change, est très différent du contrat de prêt, comme nous l'avons établi au long dans notre *Traité des Lettres de change*, n° 50. Ce contrat est un contrat d'échange, par lequel celui à qui la lettre de change est fournie, échange les espèces qu'il compte au tireur, contre celles qui lui seront comptées dans le lieu où la lettre de change est tirée : on ne peut donc pas argumenter de l'un à l'autre ; *V.* notre *Traité du contrat de change*, n° 174.

38. Le prêteur a aussi droit de demander les intérêts de la somme prêtée, du jour qu'il a mis son débiteur en demeure de la lui rendre (1) ; *Voy.* notre *Traité des Obligations*, n° 170 et suiv.

---

6 *Boileux, sur arts.* 1895-1896 *C. N.* } L'art. 1895 tranche une controverse qui s'était élevée sous notre ancienne jurisprudence : quelques auteurs prétendaient, qu'en matière de prêt, la monnaie devait être considérée, non suivant sa valeur au temps du remboursement ; mais suivant celle qu'elle avait au temps du prêt.—Le Code rejette avec raison cette doctrine : dans la monnaie, on a principalement égard, telle est du moins la règle générale, à la valeur que les pièces représentent : l'emprunteur doit donc rembourser la somme numérique qu'il a reçue, quelque variation que les espèces aient pu éprouver : en d'autres termes, ce n'est pas le cours commercial, mais le cours légal des monnaies qui règle le montant du paiement à effectuer.

Ex. : je vous prête une pièce d'or qui vaut vingt francs ;

(1) Il faut une demande judiciaire pour faire courir les intérêts. (1153, C. civ., et 1904). (BUGNET).

depuis ce prêt, une loi a porté à vingt-cinq francs la valeur de ces sortes de pièces: vous ne serez pas tenu de me restituer une semblable pièce, mais seulement vingt francs.

Le remboursement peut être fait, même en espèces d'une autre nature, pourvu qu'elles aient cours; à moins que le contraire n'ait été formellement convenu.—Par ex., on peut valablement stipuler que le prêt fait en espèces d'or, sera remboursé en pièces de même nature: cette stipulation ne porterait pas atteinte au principe que chacun doit recevoir, pour la valeur qu'elles représentent, des pièces de monnaie ayant cours; elle ne mettrait point obstacle à l'application de l'art. 1895, s'il survenait dans la monnaie une augmentation ou une diminution de valeur.

Toutefois, s'il arrive que l'emprunteur ait été mis en demeure de rendre la somme, et que les espèces aient augmenté de valeur depuis cette époque, le prêteur peut exiger des dommages-intérêts pour la perte résultant de ce retard.

—*Quid*, si l'on a prêté un certain nombre de pièces de monnaie d'une certaine espèce; par ex., tant de pièces de cinq francs, en stipulant que l'emprunteur rendra un même nombre de pièces de la même espèce, du même poids et de même aloi, alors même que le souverain viendrait par la suite à changer leur valeur actuelle; qu'en cas de diminution de valeur, l'emprunteur y suppléera, et qu'il sera indemnisé, dans l'hypothèse contraire: cette convention doit-elle être observée? — Lorsqu'un certain nombre de pièces a été prêtée *non tanquam summa, sed tanquam corpora*, cette stipulation doit recevoir son effet, dit Dur. (n. 93 et 577); car les parties ont évidemment envisagé les pièces de monnaie comme des lingots... Mais on répond, que la monnaie étant un signe représentatif de la valeur de tous les biens appréciables, on ne peut obliger l'emprunteur à restituer autre chose que cette valeur: — toute convention contraire serait d'ailleurs repoussée par le droit public; car ce serait autoriser le prêteur à refuser la monnaie pour sa valeur légale.

Quid cependant, s'il résulte des circonstances, qu'indépendamment de leur valeur, ces pièces ont une utilité particulière pour le prêteur?— La stipulation doit recevoir son effet (Duvergier, n. 178).

Dans le cas prévu par notre article, ce n'est plus une valeur de convention; mais une certaine quantité de matière, soit

d'or, soit d'argent, qui a été prêtée: l'emprunteur doit donc rendre une égale quantité de matière de même qualité.

1780. Si le prêt a été fait en lingots ou en denrées, l'emprunteur doit toujours rendre la même quantité et qualité qu'il a reçues et rien de plus, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix.

1780. If the loan be in bullion or of provisions, the borrower is obliged to return the same quantity and quality as he has received and nothing more, whatever may be the increase or diminution of the price of them.

---

* *C. N.* 1897. } Si ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela.

---

* *ff. De reb. cred*, *Liv.* 12, *Tit.* 1, *LL.* 2, 3. } *L.* 2. Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum) ; sed idem genus. Nam si aliud genus, veluti, ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.

§ 1. Mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero, mensura consistunt : quonium eorum datione possumus in creditum ire : quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quàm specie : nam in cæteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

§ 2. Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit : et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.

§ 3. Creditum ergo à mutuo differt, quà genus à specie :

nam creditum consistit extra eas res quæ pondere, numero, mensura continentur : sicut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est. Item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia : creditum autem interdùm, etiamsi nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur.

§ 4. In mutui datione oportet dominum esse dantem. Nec obest, quod filius-familias, et servus dantes peculiares nummos, obligant. Id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam : nam mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint.

§ 5. Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione. (Paulus).

L. 3. Cùm quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, *ut æque bonum nobis redderetur;* non licet debitori deteriorem rem quæ ex eodem genere sit, reddere : veluti vinum novum pro vetere. Nam *in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est :* id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis, et eadem bonitate solvatur, qua datum sit. (Pomponius).

Ibidem, *Trad. de M. Hulot.* } *L.* 2. On prête une chose pour recevoir dans la suite non la chose prêtée elle-même (autrement ce serait un prêt à usage ou un dépôt), mais une autre chose du même genre. En effet, si on donnoit une chose d'un certain genre pour en recevoir une autre d'un genre différent, par exemple, du blé pour recevoir dans la suite du vin en place, ce ne seroit pas un prêt.

1. On ne doit prêter que les choses qui peuvent se compter, se peser, se mesurer ; parce qu'en transférant le domaine de ces choses, nous pouvons contracter un prêt, puisqu'il est possible de les remplacer par une autre du même genre, et que le paiement peut s'en faire en rendant une chose de même espèce, au lieu de celle qui a été prêtée. Car, ce qui fait que les autres choses ne peuvent point devenir la matière du prêt, c'est qu'on ne peut pas donner en paiement à son créancier, malgré lui, une chose différente de celle qu'on lui doit.

2. Le prêt, *mutui datio*, tire son etymologie de ce que la

chose prêtée de mienne devient vôtre. Ainsi, si le domaine n'est pas transféré à celui qui emprunte, l'obligation du prêt n'est pas contractée.

3. Donc une créance diffère de l'obligation du prêt comme le genre diffère de l'espèce ; car une créance a pour objet une chose certaine qui ne consiste pas en nombre, poids et mesure : par exemple, si on prête une chose pour recevoir ensuite précisément la même chose, c'est une créance. Le prêt n'est point contracté avant que celui au profit de qui l'obligation est acquise n'ait fait la numération des deniers ; au lieu qu'une créance a lieu même sans numération de deniers, comme il arrive à l'égard du mari à qui quelqu'un promet après le mariage une dot au nom de sa femme.

4. Dans le prêt, il faut que celui qui prête soit propriétaire de la chose prêtée. Mais, dira-t-on, un fils de famille ou un esclave qui prête des deniers de son pécule acquiert une obligation, et on doit observer qu'il en est de même en ce cas, que si quelqu'un prêtoit de l'argent à un autre par mon ordre : car alors l'obligation me seroit acquise, quoique les deniers prêtés ne fussent pas à moi.

5. Une créance peut tirer son origine d'une convention de paroles, c'est-à-dire, d'une promesse qui est appuyée de quelque acte propre à faire naître une obligation ; telle est, par exemple, la stipulation. (PAUL).

L. 3. Quoique celui qui prête ne soit point convenu expressément qu'on lui rendroit une chose de la même bonté, le débiteur ne peut cependant pas rendre une chose dans le genre de celle prêtée, mais qui soit d'une plus mauvaise qualité, comme du vin nouveau pour du vieux : car, dans les contrats, l'intention des parties doit être regardée comme une convention expresse. Or, dans le cas dont nous parlons, l'intention des contractans a été qu'on rendit une chose du même genre et de la même qualité. (POMPONIUS).

---

* 5 *Pothier (Bugnet), Prêt de Consomp., n° 15.* } 15. Lorsque le prêt n'est pas d'une somme d'argent, mais d'une certaine quantité de quelque autre chose fongible; *putà*, lorsque je vous ai prêté un tonneau de vin, à la charge que vous m'en rendriez un de pareil qualité ; quoique, depuis le prêt, le prix des vins soit considérablement augmenté, ou considérablement diminué, et que le tonneau de vin qui ne valait que vingt écus lorsque je vous l'ai prêté, en vaille quarante lorsque vous me le rendez ; néanmoins vous me rendez *autant*, et rien de plus ni de moins que ce que je vous ai prêté ; car il n'y a que le prêt d'une somme d'argent qui ait pour objet une valeur numérique, dont la monnaie est le signe ; les prêts des autres choses fongibles, au contraire, n'ont pour objet que la quantité de la chose prêtée, et non la valeur numérique de la chose prêtée.

Lorsque je vous prête un tonneau de vin qui vaut vingt écus, ce n'est pas vingt écus que je vous prête, c'est la quantité d'un tonneau de vin ; et par conséquent dans ces prêts l'obligation de rendre *autant* ne se réfère pas à la valeur numérique de ce qui a été prêté ; et c'est rendre *autant* que de rendre la même quantité, sans qu'on doive considérer si elle est d'une plus grande ou d'une moindre valeur qu'au temps du prêt.

Troplong, sur art. 1895-7 C. N. } 222. Dans les art. 1895, 1896, 1897, le législateur revient sur la restitution de la chose prêtée, dont il avait touché quelque chose dans l'art. 1892. On se rappelle ce que nous avons dit là-dessus dans les nos 189 et 190.

223. Les principes qui gouvernent le payement dû par l'emprunteur doivent être examinés sous deux points de vue : 1° par rapport aux denrées et lingots qui ont été prêtés ; 2° par rapports aux prêts d'argent (*suprà*, n° 189).

224. Quand on a prêté des denrées, comme du vin, de l'huile, du blé, le débiteur est libéré quand il rend la même quantité et la même qualité. Il ne suffirait pas de rendre la

même quantité ; il faut encore que les choses soient de même qualité et bonté. L'emprunteur manquerait à la reconnaissance s'il constituait le prêteur en perte, soit parce qu'il lui rendrait une quantité moindre, soit parce que, les quantités étant égales, il rendrait une qualité plus mauvaise. L'obligation de rendre autant, en quantité et bonté, est de droit ; elle n'a pas besoin d'être exprimée. C'est ce que disait Pomponius sous une jurisprudence plus attachée aux mots que la jurisprudence française ; combien à plus forte raison sous le code civil !

225. Mais comment s'apprécient la qualité et la bonté en cette matière? suffit-il de tenir compte de la qualité et de la bonté intrinsèques ? ou bien faut-il tenir compte de la valeur vénale et du cours au moment du payement?

La bonté intrinsèque est la seule qu'on doive prendre en considération ; c'est celle-là qui est la vraie. Quant au cours, il se règle moins sur la bonté des denrées que sur des circonstances accidentelles, telles que la rareté ou la disette. Il suffit donc de payer en même quantité et bonté, bien que la valeur ne soit pas la même. D'ailleurs, comme le dit Doneau : " *Cum* RES SOLA FUERIT IN OBLIGATIONE, *debitor rem solvendo* " *liberatur; nec necesse habet addere quod deest præcedentis* " *temporis estimationi*, QUAM NON DEBUIT."

226. D'accord sur ce point, les docteurs ont coutume d'examiner la question suivante : Suffit-il que la quantité et la bonté soient égales ? faut-il exiger que, sous tous les autres rapports, il y ait égalité de qualité ?

Par exemple, je vous ai prêté dix tonneaux de vin nouveau, et vous me rendez dix tonneaux de vin vieux qui est meilleur : ce payement sera-t-il valable ? Non, dit Accurse ; les qualités doivent être identiques.

Mais le président Favre pense que c'est pousser trop loin le scrupule de l'égalité : nul n'est blâmable lorsque, volontairement, il paye plus qu'il ne doit, et ici, c'est payer davantage que de payer en un vin meilleur. Ce qui est défendu, c'est de payer une chose moins bonne. *Non licet debitori dete-*

riorem rem reddere, dit Pomponius ; mais où est-il défendu d'en payer une meilleure ?

Je serai de l'avis du président Favre toutes les fois que le prêteur gagnera à cette substitution. De quoi se plaindrait-il ? l'intérêt n'est-il pas la mesure des actions ? n'y aurait-il pas caprice de sa part à refuser un avantage qui lui est fait ? Mais il ne faut pas croire pourtant que, dans l'espèce posée, je condamne nécessairement Accurse. Point du tout : il y a tel cas donné où le vin nouveau, quoique momentanément inférieur à du vin vieux, est cependant destiné à devenir infiniment meilleur en vieillissant. Pourquoi, dans ce cas, privé le prêteur de la qualité sur laquelle il a dû compter et qui deviendra pour lui une cause de bénéfice ? Si, par exemple, il avait droit à l'espèce de vin de la récolte de l'année de la comète ou de l'année 1834, ne serait-ce pas le constituer en perte que de le forcer à recevoir des vins de 1810 ou de 1820, sous prétexte qu'ils sont plus vieux ?

Il y a donc beaucoup de justesse. au moins en général, dans la décision d'Accurse ; il faut s'y tenir, d'autant que les termes de l'art. 1897 forcent le juge à se référer à la quantité et à la qualité.

227. Quand, au lieu d'avoir pour objet des denrées, le prêt porte sur des lingots, on suit toutes les règles que nous venons de retracer. Les lingots sont des choses marchandes, et ils sont assimilés par la loi aux denrées pour ce qui concerne l'obligation de rendre.

228. Mais d'autres principes dominent quand il s'agit de prêt d'argent monnayé. Tandis que les denrées et les lingots doivent être rendus sans avoir égard au cours du marché ou de la place, et que leur valeur n'est jamais prise en considération ; tandis que l'on ne tient compte que des quantités et qualités prêtées ; l'argent monnayé, au contraire, se rend avec les espèces monétaires ayant cours lors du payement. On ne s'informe pas du nombre et de la qualité des pièces prêtées, mais bien du nombre et de la valeur des pièces nécessaires pour parfournir, au jour du payement, la somme

numérique. Que la monnaie ait été augmentée ou diminuée par le fait du prince, ce sont là des accidents qu'il faut subir. Le prêteur n'a droit, dans tous les cas, qu'à la somme numérique, à la valeur fournie. Peu importe qu'il reçoive plus ou moins de pièces qu'il n'en a donné.

229. Mais quand nous parlons du cours des espèces au moment du payement, il faut nous entendre sur le sens de ceci. Il y a deux espèces de cours, le cours commercial et le cours légal des monnaies. Le cours commercial s'établit de lui-même par l'effet de l'abondance ou de la rareté du numéraire. Quand l'argent est abondant sur la place, le prix des denrées, des immeubles, des salaires et des loyers augmente en proportion, parce que l'argent à moins de valeur. Une somme de 30,000 fr. était beaucoup plus en 1810, 1812, 1813, 1814, 1815, qu'en 1825 et 1843; et il est évident que celui qui aurait prêté 30,000 fr. en 1810 pour trente ans, et à qui on rembourse 30,000 fr. en 1840, reçoit moins, en réalité, qu'il n'a donné. Mais une telle variation n'est pas prise en considération. Si le prêteur est exposé à cette nature de perte par l'effet de l'augmentation du numéraire en circulation, il a chance de gagner lorsque, par des circonstances inverses, l'argent devient plus rare sur la place. Dans ce dernier cas, il reçoit plus qu'il n'a donné : 30,000 fr., versés entre ses mains quand les capitaux se resserrent et craignent de se montrer sur la place, lui valent plus que les 30.000 fr. qu'il a livrés alors que l'argent abondait sur le marché. Ainsi donc la chance de perte se compense avec la chance de gain. D'ailleurs, si le prêteur avait gardé ses 30,000 fr. dans son secrétaire, il aurait été affecté par le cours commercial des espèces; les 30,000 fr. auraient subi entre ses mains les chances de baisse comme de hausse. Il doit donc les subir, ces chances, lorsque l'argent n'est sorti de ses mains que par un prêt, lequel n'est pas, de sa nature, un contrat destiné à rendre sa condition meilleure. Il sera donc, par la restitution, dans l'état où il aurait été s'il n'avait pas prêté. Rien de plus, rien de moins.

230. Mais, outre le cours commercial de l'argent, il y a le cours légal, la valeur monétaire officielle qui est fixée par le législateur. Maintenant que les idées de crédit ont pénétré dans le cœur des gouvernements, on reconnaît que les augmentations ou diminutions dans le cours légal des monnaies sont des actes de mauvaise administration, qui pèsent sur les peuples, sans enrichir le souverain. Il n'en a pas toujours été ainsi. Les altérations des monnaies ont été pendant longtemps, et surtout au moyen âge, la ressource insensée des princes obérés. Sous l'empire même, les pièces de 6 fr. ont été réduites à 5 fr. 80 c.!

231. C'est de ce cours légal que parle l'art. 1895 du code civil. C'est avec les pièces ayant tel cours légal au moment du payement qu'il veut que ce payement se fasse. Le cours commercial n'est pas celui qui le préoccupe. Je le répète, il n'y a que le cours officiel et la valeur nominale qu'il prenne ici en considération. Et il le fallait bien. Car si l'on peut, si l'on doit même faire abstraction du cours commercial par les raisons que je viens de donner, on ne peut s'empêcher d'avoir égard au fait du souverain, qui commande pour être obéi, et qui veut que telle pièce qui valait hier 6 fr. ne représente plus aujourd'hui que 5 fr. 80 c. On le sait : d'après l'art. 475 du code pénal, ne pas recevoir les monnaies nationales selon la valeur pour laquelle elles ont cours est un délit punissable, et le législateur exige que la monnaie qui porte l'effigie de la souveraineté et qui la représente ne soit pas méprisée dans la valeur nominale qui lui est assignée.

232. Ceci posé, prenons un exemple :

Je prête à Paul 1,200 fr. en 240 pièces de 5 fr. ; plus tard, une loi élève à 6 fr. la pièce de 5 fr. ; Paul se libérera en me donnant 200 pièces ; et si la pièce de 5 fr. est réduite à 4, Paul sera tenu de me donner 300 pièces pour se libérer.

233. La raison de ce point de droit est évidente : dans la monnaie, on ne considère pas les corps et les pièces de monnaie, mais seulement la valeur qu'elles représentent. Je cite avec plaisir les paroles énergiques de Doneau à ce sujet :

" Pecuniæ numeratæ vis omnis et bonitas, substantia adeo " ipsa, est in ea æstimatione quæ cuique nummo certa nota " percusso, publice est indita. Nec quidquam est nummus, " nisi id quod publice valet ex quo æstimatur. *Consistit enim " non natura, sed hominum instituto et æstimatione.*"

Et Dumoulin :

" Toutes fois et quantes qu'argent se baille... il est certain " qu'il ne se baille pas comme une masse d'or, ou de tel mé- " tal, ni comme certain corps ainsi formé et figuré comme " une image ; mais se baille et employe comme faisant la " quantité et valeur qui en résulte lors, et sous la contem- " plation et estimation du cours et valeur qui est lors de " l'employ et du contrat. Si on le considère comme masse, " ce n'est plus le considérer comme monnoie."

D'où il suit que, lorsqu'on a fait le prêt, on a considéré, non pas le nombre des pièces livrées, mais la valeur légale représentée par les pièces ; qu'ainsi l'emprunteur se libère valablement lorsque, fidèle à la pensée du contrat, il rend la valeur fournie, bien que le signe monétaire rendu ne se rapporte pas identiquement, pour le nombre, au signe reçu.

234. Avant d'arriver à ce résultat proclamé par l'art. 1895, la jurisprudence a balancé entre des controverses infinies. De grands interprètes, de savants jurisconsultes, Bartole, Balde, Paul de Castro, Favre, Vinnius, Cujas, avaient pensé que le créancier, ayant dû vouloir qu'on lui rendit une somme d'argent égale à celle qu'il avait prêtée, une somme d'argent qui ne le fît ni plus riche ni plus pauvre, avait entendu nécessairement que si, par le fait du prince, la monnaie était augmentée nominalement, on lui tiendrait compte dans le payement, de la différence. Ils ajoutaient : L'augmentation forcée dans la valeur nominale a pour résultat inévitable de faire tout augmenter. Donc le prêteur recevra moins si l'emprunteur le paye en espèces augmentées sans lui faire raison de la différence. Cette opinion, on le voit, était la condamnation de celle que l'art. 1895 a embrassée.

235. Mais d'autres jurisconsultes très éminents, Dumoulin,

Doneau, Voet, Deluca, Pothier, etc., tenaient pour l'opinion (plus répandue au dire de Fachin) qui met du côté du créancier "*et diminutionis detrimentum, ut et commodum augmenti.*" Dumoulin surtout en fut le champion chaleureux. Après avoir flétri les variations dans les monnaies et avoir fait ressortir les désastres politiques qui en résultent; après avoir posé en principe que "l'intention du droit naturel et humain "est que la valeur de la monnaie soit uniforme, stable et "perpétuelle, tellement que les particuliers n'aient à faire "que de considérer la figure ou marque publique, qui est "un témoin public et authentique de la bonté et valeur de "la monnaie," Dumoulin conclut de la manière suivante:

"Bref, je dis qu'*entre sujets d'un même prince ou république*, "n'est recevable ni admissible le débat de la mutation "d'aloy, qui consiste en la détermination du supérieur, ou "ordonnance politique, à laquelle il faut obéir.

"Vray est que le droit de telle mutation ne se doit faire "sans le consentement du peuple, et même, par plusieurs "ordonnances anciennes estant ès dits registres, appert le "consentement du peuple y avoir été requis. Mais tout ainsi "qu'une misère publique quand elle est avenue se doit porter par tous, et ne se doit par l'un des sujets reprocher ou "rejeter sur l'autre, aussi n'est admissible entre eux le débat "de ladite mutation; joint que la détermination du poids, "aloy et cours de monnoie est de droit public et qu'il n'est "licite aux particuliers transgresser, et contre lequel leurs "contrats et pactions ne valent."

236. Ce langage me paraît aussi censé qu'énergique. Dans la monnaie, ce n'est pas la valeur intrinsèque qui est de considération, c'est la valeur nominale et légale pour laquelle elle circule sous le sceau de l'autorité publique. Le débiteur a reçu une valeur nominale; il rend une valeur nominale égale. Obligé de se servir de la monnaie reçue pour effectuer son payement, il faut qu'il la prenne pour la valeur qui lui a été imposée par le prince, et le créancier est tenu de la recevoir pour cette valeur, à moins de se mettre en opposi-

tion avec les lois de son pays, qui veulent que telle pièce vaille tant, ni plus ni moins.

237. On objecte que si on paye le prêteur en espèces, légalement, mais nominalement augmentées, il en résulte un dommage ; que cette somme qu'on lui rend ne représente pas pour lui celle qu'il avait prêtée, car le prix des denrées et des salaires augmente en raison de l'augmentation légale de la valeur des monnaies ; que si le prince augmentait d'un tiers la valeur des monnaies, le prix des choses nécessaires à la vie augmenterait dans la même proportion ; que, dès lors, le prêteur ne pourra pas avec l'argent rendu se procurer ce qu'il aurait acquis avec l'argent prêté.

238. Rien n'est plus vrai ; mais, comme le dit Fachin, si le prêteur est exposé à perdre dans ce cas, il peut gagner si, par le fait du prince, il y a diminution dans la valeur légale de la monnaie ; ou tout au moins c'est l'emprunteur qui perd, et dès lors les chances se balancent, et les positions respectives sont sur le pied d'égalité. C'est ainsi que lorsque les pièces de 6 fr. ont été réduites à 5 fr. 80 c., l'emprunteur qui devait rendre une somme de 3,000 fr., et qui avait dans son secrétaire les 500 pièces de 6 fr. nécessaires à ce payement, ne s'est plus trouvé avoir assez et a été obligé de prendre ailleurs de quoi combler ce déficit imprévu.

Dans tous les cas, ce que le prêteur a prêté, c'est une valeur nominale et non une valeur intrinsèque, et c'est une valeur nominale qui lui est rendue. Le cours des choses nécessaires à la vie est une circonstance accidentelle qui ne doit pas faire changer des positions fixées par le contrat ; il ne faut pas surtout que le fait des particuliers vienne entraver, par des calculs de différences entre la valeur de la monnaie au jour du prêt, et la valeur de la monnaie au jour du payement, la raison d'Etat qui a déterminé le législateur à donner à la monnaie une valeur précise. Ce serait ébranler indirectement sa détermination ; ce serait en paralyser les effets. "*C'est donc assez de payer en la monnaie courante et publiquement approuvée.*"

239. Quelques économistes très-respectables et d'une grande autorité ont prétendu que l'art. 1895, procédant à la légère et sans s'instruire des vrais principes d'économie politique, a admis toutes les vieilles erreurs des légistes sur la monnaie ; qu'il suppose à tort que la valeur de la monnaie est arbitraire et ne dépend que de la volonté de la loi.

Mais ne peut-on pas répondre que les vieilles erreurs dont on parle n'appartiennent qu'aux économistes et aux financiers d'autrefois, et, comme le disait Dumoulin, au *vulgaire des marchands regardans à leur profit particulier, qui estiment de hausser le cours et valeur intrinsèque de l'or et de l'argent ?* Quant aux jurisconsultes, ils n'ont cessé de dire, avec la probité d'hommes accoutumés à rechercher les notions de la morale et du juste, que "*c'était un grand dommage, perte,*
" *détriment et affaiblissement de ce royaume et république*
" *françois.*"

Mais les jurisconsultes, qui ne font pas les faits, sont obligés de les accepter tels qu'ils sont ; et lorsque, par un jeu funeste, il est arrivé que les gouvernants se sont jetés dans les variations monétaires, ils ont dû tenir compte de l'obéissance que la société doit aux lois promulguées. C'est à ce point de vue qu'ils ont considéré ce qu'est la monnaie, non pour le souverain, non pour la bonne économie de la richesse sociale, mais pour le sujet que la loi oblige ; et c'est alors qu'ils ont enseigné qu'à l'égard de ce dernier, elle n'est qu'une valeur nominale, distincte de la valeur intrinsèque. Ce n'est pas à dire pour cela que le prince peut s'éloigner arbitrairement de la valeur intrinsèque réelle, et donner à la valeur nominale son caprice pour base. Nullement ! il y a à cet égard des règles de bon sens, de justice, d'expérience, que les jurisconsultes ont rappelées énergiquement. Mais quand il s'agit des sujets (*quod subditos*), les légistes ont dit avec raison que la monnaie n'est pas prise comme valeur intrinsèque ; qu'elle circule sous la foi de l'autorité publique pour une valeur nominale que les sujets sont tenus de respecter, sous peine de se mettre en révolte contre le souve-

rain. Cette doctrine me paraît juste et logique; elle fait une distinction sensée, qui accorde aux idées économiques modernes tout ce qu'il faut leur accorder; mais elle n'exagère pas l'influence de ces idées, elle ne les déplace pas; elle les renferme judicieusement dans le cercle de leur légitime influence.

240. Non-seulement le prêteur doit recevoir son payement en espèces ayant cours au moment du payement; mais il ne peut même pas stipuler que si la valeur légale de la monnaie vient à être augmentée par le fait du prince, il sera indemnisé de la perte qu'un remboursement fait avec ces espèces lui occasionnera. Une telle clause est contraire à l'ordre public; elle tend à infirmer la volonté du souverain sur le cours légal de la monnaie nationale; elle substitue à la valeur officielle une autre valeur dépendante de l'appréciation des parties; elle déprécie et démonétise les espèces frappées à l'effigie du pouvoir souverain.

241. Pourvu qu'on rende une somme numérique égale, on peut payer en d'autres espèces ayant cours. Je vous ai prêté 100 fr. en pièces de 20 fr., vous pouvez me les rendre en pièces de 5 fr. Le débiteur a à cet égard le choix des espèces, à moins qu'il n'en résulte un dommage pour le prêteur. C'est ce qui arriverait, par exemple, si Paul ayant prêté une grosse somme à Pierre, ce dernier voulait la lui rendre en menue monnaie.

242. C'est ce droit de l'emprunteur, de payer en d'autres espèces ayant cours, qui autorisa, dans la révolution, tant de remboursements en assignats de sommes prêtées en numéraire. Les créanciers furent ruinés par les débiteurs. Je me rappelle, à ce propos, la décision du sage Dalmaze, dans l'ouvrge de Monteil. Une maison avait été vendue du temps du roi Jean pour une somme d'argent payable l'année suivante, et l'acheteur avait profité des lois nouvelles rendues dans l'intervalle pour payer en une monnaie de cuir que la détresse des finances et la pauvreté du royaume avaient fait mettre en circulation.

[ARTICLE 1781.]

Maître Dalmaze blâme ce mode de remboursement en une monnaie promptement décréditée. " Vous ne pouvez en cons-" cience tranquillement jouir d'un bien acheté en argent, " payé en cuir." Mais maître Dalmaze parle en moraliste, et non pas en légiste ; il a en vue le for intérieur, et non le for extérieur.

243. Si l'on était convenu, lors du contrat, que le payement se ferait en espèces déterminées pour l'utilité du prêteur, par exemple en pièces de 20 fr. d'or, et non autrement, cette clause devrait être observée, à moins toutefois que, par une de ces mesures extraordinaires qui attestent un temps de démence, cette monnaie n'eût pas un cours légal.

Deluca pense, toutefois, que si, à raison de circonstances particulières, ce payement en or était très-onéreux au débiteur, l'équité autoriserait les tribunaux à admettre un payement en monnaie équivalente, et il paraît que la rote de Rome l'aurait ainsi jugé quelquefois. Je crois que la convention des parties est une loi dont il ne faut pas s'écarter ; on ne le pourrait, à mon avis, qu'autant qu'il résulterait que la clause n'a été que de pur style, comme il paraît que cela se faisait du temps de Deluca dans le royaume de Naples. Mais en France, ce n'est pas facilement, ce me semble, que cette interprétation serait admise.

SECTION II.

DES OBLIGATIONS DU PRÊTEUR.

1781. Pour le prêt de consommation le prêteur doit avoir le droit d'aliéner la chose prêtée, et il est sujet à la responsabilité établie dans l'article 1776 relatif au prêt à usage.

SECTION II.

OF THE OBLIGATIONS OF THE LENDER.

1781. In making a loan for consumption the lender must have the right to alienate the thing loaned, and he is subject to the obligations declared in article 1776, relating to loan for use.

* *C. N.* 1898. } Dans le prêt de consomption, le prêteur est tenu de la responsabilité établie par l'article 1891 pour le prêt à usage.

Voy. *Digeste*, cité sur arts. 1766 et 1780.

---

* 5 *Pothier (Bugnet), Prêt de Consomp.*, *n*° 51-52 } 51. Le contrat de prêt de consomption est, comme nous l'avons déjà dit *suprà*, n° 20, un contrat *unilatéral*, qui ne produit d'obligation que d'un côté, savoir, du côté de l'emprunteur. Le prêteur, de son côté, ne contracte envers l'emprunteur aucune obligation qui naisse de la nature de ce contrat.

Mais la bonne foi qui doit régner dans le contrat de prêt, de même que dans tous les autres, l'oblige à ne point tromper l'emprunteur, et à ne lui point cacher les vices de la chose prêtée qu'il connaît, et que l'emprunteur ne connaît pas.

52. Suivant ces principes, si vous avez prêté une certaine quantité de mauvaise huile à quelqu'un qui ne s'y connaissait pas, à la charge de vous en rendre autant, et que vous la lui ayiez prêtée comme bonne, ou même que, sans assurer expressément qu'elle était bonne, vous lui en ayiez dissimulé le vice, non-seulement l'emprunteur ne sera pas obligé de vous rendre de bonne huile, n'étant obligé de vous en rendre que de la même qualité que celle qu'il a reçue ; mais si l'usage qu'il a fait de cette huile, dont vous lui avez dissimulé le vice, lui a causé quelque préjudice, vous devez être tenu de ses dommages et intérêts.

Si vous lui avez prêté de bonne foi cette mauvaise huile que vous croyiez bonne, il ne sera à la vérité obligé de vous en rendre que de la même qualité ; mais vous ne serez tenu d'aucuns dommages et intérêts pour le préjudice que l'usage qu'il a fait de cette huile lui a causé ; car vous n'êtes obligé à rien autre chose qu'à apporter la bonne foi au contrat.

Si vous m'avez prêté une certaine quantité de *choses fongibles* que vous saviez ne vous pas appartenir, et que vous m'avez prêtées comme choses à vous appartenant, et qu'après que j'ai fait des préparatifs pour l'usage que j'en voulais

faire, lesquels m'ont constitué en dépense, ces choses que je n'avais pas encore employées aient été saisies et arrêtées sur moi par le propriétaire (1) à qui j'ai été obligé de les délaisser, vous serez tenu des dommages et intérêts que j'ai soufferts de cette éviction. Votre obligation ne naît pas en ce cas du prêt ; car il n'y a pas eu proprement de contrat de prêt, faute de translation de propriété des choses prêtées, laquelle est de l'essence de ce contrat ; mais elle naît du dol que vous avez commis en me disant que ces marchandises vous appartenaient.

Si vous me les aviez prêtées de bonne foi, croyant qu'elles vous appartenaient, vous ne seriez alors tenu envers moi d'aucuns dommages et intérêts.

---

* *Troplong, sur art.* 1892-3-4 } *C. N., n°* 186-7. } 186. Après la tradition, vient la translation de la propriété ; il est de l'essence du prêt de consommation que l'emprunteur devienne propriétaire de la chose prêtée ; et, comme le dit Cujas : " *Mutuum est species alienationis.*"

C'est pourquoi le prêt ne saurait être confondu avec le louage. Dans le louage, le preneur use d'une chose qui appartient à un autre ; dans le prêt de consommation, au contraire, l'emprunteur devient maître de ce qui lui est prêté, et c'est de sa propre chose qu'il se sert.

Saumaise, plus lettré que jurisconsulte, n'a pas été assez mesuré dans les idées qu'il a émises à ce sujet. Sous prétexte que le prêt est soumis à la condition de rendre, il nie qu'il contienne une aliénation de la chose, et qu'il puisse être placé parmi les moyens d'acquérir le domaine. Pothier (n° 8) a combattu cette erreur et rétabli la vérité par des arguments décisifs et multipliés. Aujourd'hui que le code civil a confirmé législativement la décision des lois romaines et de Pothier, il n'y a pas d'intérêt à revenir sur cette question. Une moralité ressort toutefois de cette controverse, c'est qu'il

(1) Qui les avait perdues ou à qui elles avaient été volées. (BUGNET).

faut n'accepter qu'avec précaution les aperçus des hommes de lettres sur une science dont ils ne sont pas assez instruits.

187. De ce que le prêt de consommation transfère la propriété à l'emprunteur, l'ancien droit français, d'accord avec le droit romain, concluait d'une maniére absolue que le prêteur ne fait un prêt valable qu'autant qu'il est propriétaire de la chose qu'il prête. On ne peut en effet, disait-on, transférer à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même. Ainsi, si Pierre entreprend de prêter à Paul des gerbes de blé dont il n'est pas propriétaire et qui appartiennent à Jacques, il n'y aura pas de prêt; Jacques ne sera lié par un tel acte qu'autant qu'il aura donné pouvoir à Pierre de faire le prêt, ou qu'il l'aura ratifié; sinon, il pourra agir pour revendiquer sa chose, qui n'a pas cessé de lui appartenir. Et, dans ce cas, l'emprunteur est obligé de rendre la chose même, *in individuo*, qu'il a reçue ; car le contrat n'a pu l'en rendre propriétaire*: accipientis non facit*, dit Ulpien.

Toutefois, s'il l'a consommée de bonne foi, il n'est tenu qu'à en rendre l'équivalent, absolument comme s'il y eût eu un prêt valable : car, disait-on, *consummatione mutuum fit.* Mais s'il l'a consommée de mauvaise foi, le propriétaire aura contre lui l'action *ad exhibendum*, ou l'action en revendication, qui ont lieu contre ceux *qui dolo desierunt possidere.* L'emprunteur est tenu de la représentation de la chose envers celui qui en est propriétaire.

Tels étaient les principes donnés par le droit romain, développés par les interprètes et acceptés par notre ancienne jurisprudence.

Mais il faut les concilier avec l'art. 2279 du code civil. Or, la règle "En fait de meubles la possession vaut titre" ne permet de les conserver dans leur autorité qu'autant que la chose a été empruntée à une personne qui l'avait trouvée ou volée, ou bien que la possession de l'emprunteur est de mauvaise foi. Ce n'est qu'alors que le véritable propriétaire a une action en revendication contre le tiers emprunteur; sinon l'emprunteur sera couvert par le bénéfice de l'art.

2279; il sera au même état que si la propriété lui eût été transférée; il ne sera tenu de rendre la chose, alors même qu'il ne l'aurait pas consommée, qu'à l'époque convenue.

Ainsi Pierre, à qui vous aviez confié la garde de vos récoltes, me prête un certain nombre de bottes de foin, dont j'ai besoin dans un moment de pénurie pour la nourriture de mes bestiaux. Bien que ce foin soit encore en partie sur mes greniers, vous ne serez cependant pas fondé à en réclamer sur-le-champ la restitution, pourvu que j'aie emprunté de bonne foi. En fait de meubles, la possession vaut titre; elle exclut la revendication; à plus forte raison doit-elle me faire maintenir dans le droit que me donne un contrat passé par moi de bonne foi. Tout ce à quoi je suis tenu, c'est, si vous me donnez la preuve que Pierre a abusé de votre confiance, de vous rendre l'équivalent de la chose aux époques et de la manière convenues.

187. 2° (1).

(1) Add. *Dans tous les cas, le propriétaire peut exercer contre l'emprunteur les droits du prêteur, mais non à l'exclusion des autres créanciers du prêteur.* — Duvergier dit, n°s 158, 159: "Au surplus, celui qui s'est ainsi emparé des choses qui ne lui appartenaient pas, et qui les a prêtées, est tenu envers le propriétaire à les lui restituer ou à l'indemniser de leur privation. Par conséquent, tous les droits qu'il a contre l'emprunteur peuvent être exercés par le propriétaire, conformément à la disposition de l'article 1166 du code civil.

" Duranton, n° 565, est de cet avis; il pense même que le propriétaire est saisi de ces droits, exclusivement et par préférence à tous les autres créanciers du prêteur.

" L'action du prêt, dit-il, ne peut appartenir à un autre qu'au prêteur " ou à son héritier, quelle que fût sa mauvaise foi, fût-il même un voleur " des choses prêtées, car c'est lui qui a prêté et non le propriétaire. En " vain celui-ci ratifierait-il; il n'aurait pas pour cela, en principe pur, " cette même action, puisque le prêt n'a pas été fait en son nom. Mais " comme le prêteur est son débiteur à ce sujet, il serait en droit de se " faire céder l'action par application de l'art. 1303, portant que, lorsque " la chose a péri, qu'elle est mise hors du commerce ou perdue, le débi- " teur est tenu, s'il a quelque action par rapport à cette chose, de la cé- " der à son créancier. Et nous ne pensons pas que les autres créanciers

« de celui qui a fait le prêt pourraient concourir sur le produit de l'ac-
« tion exercée contre l'emprunteur, avec la personne qui était proprié-
« taire des deniers ou autres objets prêtés ; car cette action provenant
« uniquement de la chose de cette personne, il est juste qu'elle en ait
« seule le produit."

"Quelque équitable que paraisse cette décision, je ne crois pas qu'on puisse l'adopter.

"D'abord, l'art. 1303 doit être écarté par un double motif. Il prévoit une espèce autre que celle qu'il s'agit d'examiner ici; il parle d'une chose qui a péri, qui est mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur. Certainement l'aliénation volontaire faite de la chose d'autrui en la prêtant, ne peut être considérée comme une perte survenue sans la faute du débiteur. D'ailleurs, la disposition de l'art. 1303, comme l'explique très-bien Toullier, t. VII, nº 516, n'est point en harmonie avec le système de notre législation sur la transmission de la propriété, et n'a dans aucun cas d'utile application.

"En second lieu, il est vrai que l'action du prêteur contre l'emprunteur provient de la chose prêtée ; il semble dès lors juste que le propriétaire de cette chose en profite seul. Mais il faut se tenir en garde contre ces apparences d'équité qui font perdre de vue les principes En règle générale, tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, à moins qu'il n'existe au profit de quelques-uns d'entre eux une cause de préférence formellement consacrée par la loi. Or, aucun texte ne dit que l'action de celui qui a prêté la chose d'autrui, contre l'emprunteur, doive profiter au propriétaire de la chose, exclusivement aux autres créanciers du prêteur. On ne voit pas même que cette préférence soit admise dans des cas analogues. J'ai vendu une chose mobilière appartenant à un tiers ; certainement, celui-ci n'a point de privilége sur le prix dû par mon acheteur. Il n'y a pas de motif pour le traiter plus favorablement, parce qu'au lieu de vendre sa chose, je l'ai prêtée.

"Pothier, nº 34, est de cette opinion. "Lorsque quelqu'un, dit-il, a
"prêté en son nom une somme de deniers qui m'appartenait, je n'ai pas,
"à la vérité, d'action directe contre l'emprunteur pour la restitution de
"cette somme; mais j'ai la voie de saisir et arrêter, en vertu d'une per-
"mission du juge, entre les mains de l'emprunteur, la somme qu'il doit
"au prêteur qui lui a prêté en son nom un argent qui m'appartenait, et
"sur la demande que je donnerai en consentement d'arrêt contre celui
"qui a prêté la somme, en justifiant que les deniers m'appartenaient,
"je ferai condamner l'emprunteur à me faire délivrance de la somme
"qu'il lui doit."

[ARTICLE 1781.]

* 1 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 1, *Tit.* 6, *sec.* 2. } 1. Le premier engagement de celui qui prête, est qu'il soit le maître de la chose prêtée, pour donner le même droit à celui qui l'emprunte. Car on n'emprunte que pour user en maître de la chose, et avoir la liberté de la gouverner. (C. civ., 1877, 1893, 1899.)

2. Si celui qui prête n'est pas le maître de la chose prêtée, il n'en transfère pas la propriété à celui qui l'emprunte. Et si celui qui en est le maître la trouvant en nature, la revendique et prouve son droit, celui qui avait emprunté aura son recours et ses dommages et intérêts contre celui qui lui avait prêté.

3. Le second engagement de celui qui prête est de donner la chose telle qu'elle soit propre à son usage ; car c'est pour cet usage qu'elle est empruntée. Ainsi, il doit donner de l'argent qui ne soit ni faux ni décrié, et des grains ou liqueurs qui ne soient pas altérés ou corrompus. Et il est garant de ces sortes de défauts, selon les règles expliquées dans la sect. 11 du contrat de vente. (C. civ., 1895.)

4. Le troisième engagement de celui qui prête est de ne rien exiger, soit en valeur ou en quantité, au-delà de ce qu'il a prêté.

5. Si le débiteur d'une somme ou autre chose conteste avec quelque sujet une partie de la dette, et offre le surplus, le juge peut obliger le créancier à recevoir ce qui n'est pas en contestation ; car il est de l'humanité et de l'office du juge de diminuer les sujets des procès. (C. civ., 1892.)

Quoique cette règle soit peu observée, on n'a pas laissé de la mettre ici au sens expliqué dans l'article ; car elle est pleine d'équité, et il est juste de l'observer selon les circonstances.

On peut prouver par témoins le prêt d'une somme excédant 150 fr., lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, encore qu'il n'énonce pas la somme prêtée ; et, si la preuve n'est pas complète, le tribunal peut déférer le serment à la partie qu'il en croit le plus digne.

[ARTICLE 1782.]

SECTION III.

DES OBLIGATIONS DE L'EMPRUNTEUR.

1782. L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées en meme quantité et qualité, et au terme convenu.

SECTION III.

OF THE OBLIGATIONS OF THE BORROWER.

1782. The borrower is obliged to return for the things lent a like quantity of other things of the same kind and quality, at the time agreed upon.

---

* *C. N.* 1899, 1902. } 1899. Le prêteur ne peut pas redemander les choses prêtées, avant le terme convenu.

1902. L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité et qualité, et au terme convenu.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1780.

---

*1 *Domat* (*Remy*), *liv.* 1, *Tit.* 6, *sec.* 3. } 1. Le premier engagement de celui qui emprunte est de rendre la même somme ou la même quantité qu'il a empruntée, et de la rendre au terme dont on est convenu. (C. civ., 1902. s.)

2. Quoique la chose prêtée soit périe par un cas fortuit, avant que celui qui l'a empruntée pût en user, il ne laisse pas d'être obligé d'en rendre autant, car il en a été fait maître par le prêt, et c'est sur lui qu'en doit tomber la perte.

3. Si celui qui a emprunté de l'argent est en demeure de payer après le terme, il en devra les intérêts depuis la demande en justice, pour dédommager le créancier du retardement. (C. civ., 1904.)

En matière de commerce, l'intérêt moratoire est dû, non-seulement du jour de l'assignation, mais encore du jour du protêt à défaut de paiement. Il ne l'est pas du jour du protêt à défaut d'acceptation.

4. Si celui qui a emprunté d'autres choses que de l'argent ne les rend pas au terme, ou ne les rend pas telles qu'il les doit, il en paiera l'estimation.

5. L'estimation de la chose empruntée que le débiteur est en demeure de rendre, comme du vin, du blé et autres choses, se fait au prix du temps et du lieu où elle devait être rendue, parce qu'elle était due alors et en ce lieu ; et si le temps et le lieu n'étaient pas réglés par la convention, l'estimation s'en fera au prix du temps et du lieu où la demande est faite. (C. civ., 1903.) Si ce n'est que les circonstances et les présomptions de l'intention des contractans obligent à régler cette estimation sur un autre pied.

6. Celui qui a emprunté du blé, du vin ou autres choses semblables, sans en faire estimation à un certain prix, ce qui ferait une vente, doit rendre du blé et du vin, et les autres choses, non-seulement en même quantité, mais de semblable qualité que celles qu'il avait reçues.

7. Si celui qui paie ces sortes de choses ne les paie au terme, ou la valeur, il en devra les intérêts sur le pied de leur estimation, à compter de la demande en justice. (C. civ., 1907.)

8. Le débiteur à cause du prêt ne peut jamais devoir les intérêts des intérêts, dont il est en demeure de faire le paiement.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Prêt de Consomp.*, *n*[os] 13, 14, 30, 47. } 13. Il est de l'essence du contrat de prêt de consomption, que celui qui reçoit la chose prêtée, s'oblige, en la recevant, à en rendre autant.

Il ne doit pas s'obliger à rendre les mêmes choses *in individuo* qui lui ont été prêtées ; car le prêt lui en étant fait pour s'en servir, et ces choses étant de nature à se consommer par l'usage qu'on en fait, il n'est pas possible qu'il les rende *in individuo ;* mais il doit s'obliger à en rendre *autant*, c'est-à-dire une pareille quantité de choses de la même espèce

que celles qu'il a reçues : *Mutuum damus, recepturi non eamdem speciem quam dedimus, alioquin commodatum erit aut depositum, sed idem genus;* L. 2, ff. *de Reb. cred.*

Il faut, comme nous venons de le dire, que l'emprunteur s'oblige de rendre une pareille quantité de choses, qui soient de la même espèce que celles qu'il a reçues : *Nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum ;* Eâd. L. 2.

Ce n'est pas en ce cas un prêt, c'est un échange qui est fait du blé contre le vin, que celui qui a reçu le blé s'oblige de donner à la place ; et si, pour le blé qu'il a reçu, il s'obligeait de rendre une somme d'argent, ce ne serait pas un contrat de prêt, mais ce serait un contrat de vente de blé, qui serait faite pour le prix de la somme d'argent qu'il s'oblige de rendre à la place du blé.

14. Il faut que ce que l'emprunteur s'oblige de rendre par ce contrat, soit précisément autant que ce qu'il a reçu.

S'il s'obligeait à rendre plus, comme si, ayant reçu cent livres, il s'obligeait de rendre dans un an cent cinq livres ; si, ayant reçu trente pintes de vin, il s'obligeait, au bout d'un certain temps, d'en rendre trente-deux, le contrat de prêt et l'obligation qui en naît, ne serait valable que jusqu'à concurrence de la somme ou de la quantité que l'emprunteur a reçue ; le contrat, pour le surplus, serait nul et usuraire ; et non-seulement il ne produirait pas d'obligation pour ce surplus ; mais si l'emprunteur avait payé ce surplus, il en aurait la répétition (1).

Si l'emprunteur s'obligeait à rendre moins que la somme ou quantité qu'il a reçue, comme si je vous comptais une somme de vingt écus, à la charge de m'en rendre seulement quinze, le contrat ne serait contrat de prêt que jusqu'à concurrence de la somme que l'emprunteur se serait obligé de rendre : à l'égard du surplus, ce serait une donation qui aurait été faite de ce surplus, et non un contrat de prêt.

(1) Aujourd'hui ce contrat serait valable (*V.* art. 1905, C. civ.), dans les limites fixées par la loi du 3 septembre 1807. (BUGNET).

30. L'obligation que l'emprunteur subit par ce contrat est envers le prêteur, et par conséquent l'action qui naît de cette obligation, ne peut être acquise qu'à lui ; et il n'y a que lui, ses héritiers, ou autres successeurs universels qui aient le droit de l'intenter.

Le prêteur est celui au nom duquel la somme ou chose qui fait l'objet du prêt, a été comptée ou délivrée à l'emprunteur, soit que ce soit lui-même qui l'ait comptée ou délivrée, soit que ce soit un autre qui l'ait comptée ou délivrée pour lui à l'emprunteur.

47. Lorsque le contrat contient un certain terme dans lequel l'emprunteur s'est obligé de rendre ce qui lui a été prêté, il est évident qu'il a une exception contre l'action du prêteur qui demanderait avant le terme la restitution de la somme ou de la chose qu'il a prêtée ; et que par cette exception, il doit obtenir le congé de la demande *quant à présent* avec dépens, sauf au prêteur à exercer son action après l'échéance du terme.

1783. S'il n'y a pas de convention par laquelle on puisse déterminer le terme, il est fixé par le tribunal suivant les circonstances.

1783. If there be no agreement by which the time for the return can be determined, it is fixed by the court according to circumstances.

---

* *C. N.* 1900, 1901. } 1900. S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances.

1901. S'il a été seulement convenu que l'emprunteur paierait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances.

[ARTICLE 1784.]

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Prêt de consomp.*, *n*° 48. } Quoique le contrat ne porte aucun terme, et que l'emprunteur se soit même obligé expressément de rendre la somme prêtée à la volonté et à la première réquisition du prêteur, néanmoins le prêteur ne serait pas reçu à exiger la restitution de la somme prêtée, incontinent après que l'emprunteur a pu s'en servir ; *putà*, le lendemain ou quelques jours après le prêt. Le prêteur, en prêtant cette somme, est censé avoir accordé tacitement un temps convenable dans lequel l'emprunteur pourrait faire de l'argent pour la lui rendre, et l'emprunteur ne l'aurait pas empruntée, s'il eût prévu qu'on l'exigerait de lui avant ce temps.

Si l'emprunteur était obligé de rendre incontinent, mieux aurait valu pour lui que le prêt ne lui eût pas été fait : le prêt lui serait onéreux et nuisible, au lieu de lui être avantageux, ce qui est contre cette règle de l'équité naturelle. *Adjuvari nos, non decipi beneficio oportet ;* L. 17, § 3, ff. *Commod.* Il n'est donc pas douteux que le prêteur doit accorder un temps plus ou moins long, selon les circonstances, *arbitrio judicis*, pour la restitution de la somme prêtée, et l'emprunteur a contre la demande du prêteur, s'il l'intentait avant ce temps, une exception par laquelle il doit obtenir du juge un délai pour le paiement.

1784. Si l'emprunteur est en demeure de satisfaire à l'obligation de rendre la chose prêtée, il est tenu, au choix du prêteur, d'en payer la valeur au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention.

Si ce temps et ce lieu

1784. If the borrower make default of satisfying the obligation to return things lent, he is bound at the option of the lender to pay the value which they bore at the time and place at which, according to the agreement, the return was to be made ;

If the time and place of

n'ont pas été réglés, le paiement se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunteur a été mis en demeure ;

Avec intérêt dans les deux cas à compter de la mise en demeure.

the return be not agreed upon, payment must be made of the value which the things bore at the time and place of the borrower being put in default;

With interest in both cases from the default.

---

* *C. N.* 1903-4. } 1903. S'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire, il est tenu d'en payer la valeur eu égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention.

Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le paiement se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait.

1904. Si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées ou leur valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la demande en justice.

---

* *ff. De Rebus creditis, liv.* 12, *tit.* 1, *L.* 22. } Vinum quod mutuum datum erat, per judicem petitum est. Quæsitum est, cujus temporis æstimatio fieret : utrum cùm datum esset, an cùm litem contestatus fuisset, an cùm res judicaretur ? Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset : (si non, quanti tunc) cum petitum esset. Interrogavi, cujus loci pretium sequi oporteat ? Respondit, si convenisset, *ut certo loco redderetur*, quanti eo loco esset : si dictum non esset, quanti ubi esset petitum. (JULIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } On demandoit en justice du vin qu'on avoit prêté. Il a été question de savoir à quel temps on se rapporteroit pour en faire l'estimation, si c'étoit à celui où le vin avoit été donné, à celui de la contes-

tation, ou à celui du jugement. Sabin a répondu que si on avoit fixé le temps où le vin devoit être rendu, il falloit se rapporter à ce temps pour en faire l'estimation, sinon qu'on se rapporteroit au temps de la demande. J'ai demandé suivant quel territoire on feroit cette estimation? On a répondu : Si le vin doit être rendu, suivant la convention, à un certain lieu, c'est d'après la valeur du vin dans ce lieu qu'on doit faire l'estimation de celui qui a été prêté ; s'il n'y a pas de convention à cet égard, on doit suivre la valeur du vin dans le lieu où la demande est formée. (JULIEN).

---

* *ff. De cond. trit., Liv.* 13, *Tit.* 3, *L.* 4. } Si merx aliqua, quæ certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum : tanti litem æstimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die quo dari debuit. Si de die nihil convenit, quanti tunc, cùm judicium acciperetur. Idemque juris in loco esse : ut primum æstimatio sumatur ejus loci, quo dari debuit. Si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur. Quod et de cæteris rebus juris est. (GAIUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Si des marchandises, comme de l'huile, du vin, du blé, qui devoient être fournies un certain jour, ont péri, Cassius pense que, pour déterminer et fixer la condamnation, il faut examiner quelle a été leur valeur au jour où elles ont dû être fournies. Si on n'est convenu de rien sur le jour, il faut se rapporter au temps où l'instance a commencé. Il ajoute qu'on doit observer la même chose dans le cas où ces marchandises auroient dû être fournies dans un certain lieu ; en sorte qu'on estime la valeur de la chose relativement au lieu où elle a dû être fournie. Dans le cas où on ne sera point convenu d'un certain lieu, il faudra fixer la valeur de la chose relativement au lieu où la demande est formée. Ceci doit s'étendre à toutes les autres choses qui peuvent faire l'objet d'une contestation. (GAIUS).

Voy. *C. C. B. C.*, art. 1063 et s.; *Prévost de la Jannès*, n° 538, cité sur art. 1778 et *Domat*, cité sur art. 1782.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Prêt de consomption*, *n°* 40-1. } 40. L'emprunteur est condamné à rendre la chose prêtée en pareille quantité et bonté, ou à son défaut, l'estimation. Lorsque le temps et le lieu où le paiement s'en doit faire, sont portés par le contrat, elle se fait eu égard au prix que la chose valait dans ledit temps ou dans ledit lieu. Lorsque le temps et le lieu ne sont pas portés par le contrat, l'estimation, suivant le droit romain, devait se faire eu égard au temps de la demande, et eu égard au lieu où elle a été donnée. C'est la décision de Julien : *Vinum quod mutuum datum erat per judicem petitum est...Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc petitum esset : interrogavi cujus loci pretium sequi oporteat? Respondit si convenisset ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset ; si dictum non esset, quanti ubi esset pretium;* L. 22, *eod. tit.*

41. Cette décision a lieu dans le cas auquel l'emprunteur n'a pas été en demeure de rendre, et auquel les parties, aussitôt que la demande en a été faite, sont convenues entre elles pour leur commodité réciproque, que l'emprunteur paierait l'estimation à la place de la chose. Mais lorsque l'emprunteur a été mis en demeure de rendre la chose prêtée, si le prix de la chose qu'il doit rendre est augmenté depuis la demande, il doit être condamné à le payer sur le pied que la chose vaut au temps de la condamnation ; car la peine de la demeure est que le débiteur en indemnise le créancier, en lui faisant raison non-seulement de la perte que la demeure lui a fait souffrir, mais du profit dont elle le prive (*Traité des Obligations*, n° 143). Or, il est évident qu'elle le prive de l'augmentation qui est survenue sur le prix ; car, si le débiteur lui eût livré la chose lorsqu'elle lui a été demandée, le créancier qui aurait la chose, profiterait de l'augmentation qui est survenue sur cette chose.

C'est ainsi que Cujas, dans son ouvrage sur les lois de Julien, concilie cette loi avec la loi 2, ff. *de Cond. trit.*, où il dit que l'estimation de la chose due se fait eu égard à ce qu'elle vaut au temps de la condamnation.

---

* *Troplong, sur arts.* 1903-1904 *C. N.* } 283. Notre article n'est pas exempt de difficulté. Il traite d'une matière qui a tourmenté les interprètes de tous les temps, à savoir, l'époque et le lieu qui doivent être pris en considération pour faire l'estimation de la chose à payer. C'est pourquoi Cujas disait très bien : *Nullum esse vel judicem, vel patronum, vel jurisconsultum qui non hæreat, maneatque suspensus quoties tractatur hac de re.*

284. Le législateur a voulu prévoir le cas où l'emprunteur, obligé de rendre la chose prêtée en pareille quantité, qualité et bonté, se trouve dans l'impossibilité de le faire et en offre l'estimation pour se libérer.

Et d'abord, une question se présente : De quelle impossibilité parle le législateur ? Est-ce d'une impossibilité radicale et absolue ?

Non. Le mot impossibilité ne doit pas être pris ici dans sa rigueur littérale. L'estimation peut être substituée au payement en nature, toutes les fois qu'il y a pour l'emprunteur un préjudice trop considérable. Dans un contrat de bienfaisance, on ne pousse pas les choses jusqu'aux extrémités excessives du droit strict. On admet les tempéraments qui rentrent dans les sentiments d'obligeance dont le créancier a donné la preuve. On se montre facile et l'on use de faveur, ainsi que le conseillait le jurisconsulte Julianus, quand il disait au magistrat d'être humain envers l'emprunteur : *humanius facturus prætor.*

Or donc, pour substituer l'estimation à la chose, on ne demandera pas à l'emprunteur la preuve d'une impossibilité insurmontable. Il suffira qu'il fasse la preuve d'une difficulté grave et onéreuse. C'est ce qu'ont enseigné sous l'ancien

droit Doneau et Cujas. L'un et l'autre donnent pour exemple le cas où, pendant une disette extraordinaire, l'emprunteur serait forcé d'acheter la chose à rembourser auprès d'un vendeur qui, connaissant le besoin qu'il en a, abuserait de sa position pour exiger de lui un prix exorbitant. "*Si debitor*, " dit ce dernier, *ingenue fateatur se vinum debere paratumque* " *se dicat*, IN SUMMA INOPIA ET CARITATE VINI, *solvere æstima-* " *tionem, atque adeo petat beneficii gratia, ut pro vino, sibi* " *quanti vinum esset, dare liceat.*" Et quant à Doneau, nous verrons tout à l'heure ses paroles. L'art. 1903 se réfère à ces notions ; il ne doit pas être entendu dans un autre sens.

285. Du reste, il ne faudrait pas que l'emprunteur abusât de cette concession. En droit, il est débiteur d'une chose et non de son estimation. C'est cette chose qu'il doit payer ; et si des circonstances rares, exceptionnelles et dignes d'intérêt peuvent obliger le créancier à accepter *aliud pro alio*, il serait contre l'équité d'étendre le bénéfice de l'art. 1903 à des cas où il n'y aurait pas la même nécessité. A plus forte raison devrait-on se montrer sévère s'il y avait, de la part du débiteur, mauvaise volonté affectée.

286. Mais sur quelle base se fera cette estimation que l'art. 1903 permet de mettre à la place de la chose ?

On sait que la valeur des choses qui se consomment par l'usage, telles que le blé, le vin, l'huile, varie singulièrement suivant les temps et les lieux. Souvent, d'une année à l'autre, la différence de prix est très-considérable ; ce qui se paye 10 en province se paye quelquefois 20 à Paris, et réciproquement, à cause du transport, du siége de la production, de l'abondance ou de la disette de chaque place.

L'estimation doit donc se faire eu égard au temps et au lieu. Quel temps et quel lieu choisira-t-on ?

287. Deux cas peuvent se présenter : ou la convention a déterminé le temps et le lieu auxquels le payement devait être fait ; ou elle est muette à cet égard.

288. Au premier cas, il ne saurait y avoir le moindre doute : on prendra pour base le temps et le lieu indiqués dans la

convention. C'est ce que décide l'art. 1903, d'accord avec les lois romaines les plus formelles.

289. Au second cas, grande était la controverse dans le droit ancien. Car les lois romaines qui avaient traité ce sujet présentaient des disparates, au milieu desquelles les interprètes avaient fait les plus grands efforts de dialectique. C'est à la difficulté de saisir leur véritable sens que Cujas faisait allusion dans les paroles citées au n° 283.

Pour nous bien pénétrer de l'état de la question, étudions séparément ce qui concerne le temps et ce qui concerne le lieu.

290. Et d'abord voyons le temps qui doit être préféré quand la convention est muette.

Répétons-le. La question de savoir à quelle époque doit se faire l'estimation d'une chose dans le silence de la convention a toujours été considérée comme l'une des plus difficiles. Le président Favre l'a plusieurs fois traitée dans ses ouvrages. Elle a occupé les plus grands interprètes, Cujas, Doneau, et plus anciennement Accurse et Bartole. On la retrouve dans Coquille, Henrys, Voet, Vinnius, Fachin.

Voyons la décision de Julianus dans la loi 22, D., *de reb. credit.*, et celle de Caius dans la loi 4, D., *de condict. tritic.* Ils décident, l'un et l'autre, que l'on doit considérer la valeur de la chose au moment de la demande.

Comment se fait-il cependant qu'Ulpien, dans la loi 3 au D., *de cond. tritic.*, conseille au contraire de s'arrêter à la valeur au moment de la condamnation.

291. Ecoutons d'abord l'explication de Doneau.

"Du vin a été prêté, et le prêteur demande au magistrat l'autorisation d'appeler en justice l'emprunteur. On sait que du temps des jurisconsultes classiques telle était la marche de la procédure. Nul ne pouvait être cité en justice que par l'ordre et l'autorité du magistrat, devant lequel le défendeur venait ensuite, soit pour avouer la dette, soit pour contester et accepter le débat. Or, le débiteur avoue qu'il doit ; mais il n'a pas de vin à rendre, et ceux auprès de qui il pourrait

en acheter veulent le lui vendre trop cher. Alors il serait bien rigoureux de condamner le débiteur à rendre la chose même, et l'équité exige qu'il ne soit condamné qu'à l'estimation. C'est ce que décide très bien et très formellement Ulpien en principe général dans la loi 71, § 3, D., *de legat.* 1°, où il est dit que le débiteur ne doit être condamné qu'à l'estimation, lorsqu'il ne peut se procurer la chose ou qu'on veut la lui vendre à un prix immense, *immensum pretium.*

" Mais quelle époque prendra-t-on pour faire l'estimation? Voilà la question que se fait Julien d'après Sabinus.

" Et d'abord, s'il est dit dans la convention à quelle époque le vin devra être rendu, l'estimation se fera suivant la valeur du vin à cette époque.

" Mais si rien n'a été convenu à cet égard, il faut considérer que l'emprunteur a été laissé dans l'incertitude sur l'époque; et alors quelle choisir? Est-ce l'estimation au temps du contrat? Non; car à ce moment l'emprunteur ne devait rien encore; et bien qu'il doive rendre un vin égal en quantité, qualité et bonté à celui qu'il a reçu, ce n'est pas une raison pour qu'on s'arrête à l'époque de la réception. On tiendra compte, sans aucun doute, de l'époque de la réception pour la qualité et la bonté, mais non pour l'estimation, qui est souvent indépendante de la bonté, et varie suivant la rareté ou l'abondance de la chose.

" Est-ce l'estimation au temps de la condamnation? Non; car ce qu'il faut toujours considérer, c'est le temps où le payement aurait dû être fait, ainsi que le dit Celsus d'une manière absolue dans la loi *Si calendis*, D., *de re judicata:* " *Ex eo tempore quidquid æstimatur, quo solvi potuit.*" Or, il n'y a que deux temps pour payer convenablement : ou l'époque indiquée par la convention, ou, s'il n'y en a pas, celle de la demande. C'est donc au jour de la demande qu'il faut se reporter pour estimer le vin prêté dans l'espèce; et telle est la juste et raisonnable décision de Julien.

" Que penser maintenant, poursuit Doneau (n° 7), de l'opinion d'Accurse et de Bartole, qui veulent qu'il n'en soit ainsi

qu'autant que l'époque de la demande est celle où le prix du vin est le plus élevé ; ajoutant que si le prix est plus élevé lors de la condamnation, c'est cette époque qu'il faut choisir, attendu que le demandeur doit profiter de l'augmentation qui a eu lieu depuis la demeure ? Rien n'est plus contraire à la pensée de Julien !

" Vainement se prévalent-ils de la loi 3, D., *de condict. tritic.*, où Ulpien décide que l'estimation doit se faire d'après la valeur au moment de la condamnation. Mais cela n'est vrai que lorsqu'il s'agit d'un corps certain, et cesse de l'être quand il s'agit de choses fongibles qui sont considérées comme des quantités."

Après avoir ainsi exposé son système d'interprétation, Doneau le poursuit dans des développements pleins de science, au milieu desquels nous ne l'accompagnerons pas.

292. Une toute autre doctrine est enseignée par Cujas. Ce grand jurisconsulte réduit la conciliation des lois opposées à ce point unique : le débiteur est-il en demeure, oui ou non ? S'il n'est pas en demeure, c'est la loi 22, D., *de reb. cred.*, qui est la règle.

S'il est en demeure, c'est à la loi 3, D., *de cond. tritic.*, qu'il faut se rattacher.

Etendons-nous un peu sur cette interprétation.

Quand Julien examine, dans la loi 22, D., *de reb. credit.*, la position des parties, il ne met pas en scène un débiteur récalcitrant et constitué en demeure. Loin de là ! On sait qu'il n'y a demeure qu'autant que le défendeur résiste au moment de la litiscontestation, et qu'il nie ou refuse dans ce moment décisif. Eh bien ! le débiteur, loin de résister lors de la litiscontestation, avoue devant le magistrat qu'il doit rendre le vin prêté. Mais une grande disette ayant rendu le prix du vin excessif, il demande à en payer l'estimation au prix qui sera déterminé par le magistrat. Ainsi, point de mauvaise foi de la part du débiteur ; point de retard et de demeure ; point de doute non plus sur l'obligation qui est avouée : il s'agit seulement de régler l'estimation.

Si les parties se sont expliquées sur le temps du payement, on estimera le vin d'après la valeur à cette époque.

Sinon, d'après la valeur an jour de la demande. Et pourquoi ? Il s'agit d'un jugement *stricti juris*, dans lequel on préfère l'estimation au temps de la demande. Il en est autrement dans les jugements *bonæ fidei*, où l'on considère plutôt l'époque du jugement.

Ne vous effrayez pas, du reste, de la loi 3, D., *de condic. tritic.* : elle n'a tant fait suer les interprètes que parce qu'ils se sont imaginé que la loi 22, D., *de reb. cred.*, avec laquelle ils n'ont pu l'accorder, parlait d'un débiteur mis en demeure, ce qui n'est pas ; tandis que, dans la loi 3, D., *de cond. tritic.*, le cas de demeure se réalisait positivement.

Voilà pourquoi Ulpien veut, dans cette dernière loi, que si la chose a acquis plus de valeur au temps de la condamnation, on considère cette seule époque. On n'ignore pas, du reste, que si elle était dépréciée depuis la demeure, on préférerait l'époque de la demeure.

Que si l'on s'étonnait que le jurisconsulte ne prenne pas en considération le temps de la réception de la chose, je renverrais, dit Cujas, à mon commentaire de la loi *cum quis*, 22, *de oblig. et act.*, et à mon commentaire sur Africain.

293. Cette interprétation était la plus générale.

Néanmoins notre article s'en écarte profondément, sans toutefois donner raison aux opinions opposées. Ce que Julien avait formellement repoussé, il l'adopte, et il veut qu'on s'en tienne à l'estimation au temps où le contrat a été fait.

294. Du reste, l'art. 1903 se réfère, comme Julien, à une hypothèse ou l'emprunteur n'a encouru aucune peine pour sa demeure. Il règle la position respective des parties, abstraction faite de tout retard, de toute faute. Ce n'est que dans l'art. 1904 que le législateur s'occupe de la forfaiture de l'emprunteur.

295. Mais, en ce qui touche le temps de l'estimation, pourquoi cette scission avec les oracles de la jurisprudence romaine ? Pourquoi ce contraste entre le § 1 de l'art. 1903, qui

oblige à subir l'estimation au temps du payement, et le § 2, qui remonte au jour du contrat? Ne semblerait-il pas que puisque le jour du payement expressément désigné est déterminant pour l'estimation d'après le § 1 de l'art. 1903, il faudrait ne pas s'écarter de cette époque alors qu'elle n'est que tacitement convenue? Le président Favre n'avait-il pas dit: *Nihil autem hac parte interest, an dies tacite insit stipulationi, an expresse adjectus sit.*

296. J'ai cherché des raisons plausibles pour expliquer cette décision de notre article, et voici ce qui m'a paru le plus probable.

D'abord, la convention étant silencieuse sur le temps du payement, le prêteur pourrait choisir, pour demander son remboursement, l'époque où la chose serait au plus haut prix, et le débiteur se trouverait grevé de cette exigence rigoureuse, étant obligé de rendre à grands frais ce qui valait beaucoup moins quand il l'a reçu.

Réciproquement, l'emprunteur ferait la même spéculation pour opérer le remboursement au temps de la plus grande baisse.

La règle uniforme donnée par l'art. 1903 exclut ces calculs dépourvus de loyautés.

De plus, si l'on eût exigé, comme dans le droit romain et l'ancien droit français, une demande destinée à fixer le temps de l'estimation, il aurait fallu que cette demande fût écrite et même qu'elle fût en forme ; de là des frais et des actes de procédure dans une matière qui y répugne. L'art. 1903 remédie à cet inconvénient.

Enfin, le contrat ne portant pas de terme, la chose est exigible à volonté et l'obligation de rendre a commencé aussitôt que la chose a été reçue. Il est vrai que, par un équitable tempérament, l'art. 1900 veut que dans certaines circonstances cette obligation de rendre ne soit pas exécutée avec trop de rigueur et que l'emprunteur jouisse d'un délai moral. Mais il n'en est pas moins vrai que, dans d'autres cas, le prêteur peut exiger que la chose prêtée ce matin soit rendue ce soir.

Or, en présence d'une telle obligation, il n'y a rien de forcé à ramener au temps du contrat l'estimation d'une chose dont le payement peut suivre de si près le temps du contrat.

Telles sont les considérations qui se sont présentées à moi pour justifier l'art. 1903. Elles ne manquent pas de force, et l'on n'est pas étonné, dès lors, que le code civil ait abandonné les anciens errements.

297. Nous venons de parler du temps à considérer pour faire l'estimation de la chose.

Mais, comme nous l'avons dit, ce n'est pas seulement le temps qui fait varier le prix des choses, c'est encore le lieu ; le lieu n'a donc pas moins d'importance que le temps. Il faut s'en occuper.

Voici ce qu'en disent les lois romaines :

Julien veut que, si l'on est convenu d'un lieu de payement, on prenne l'estimation de ce lieu. La convention dicte cette solution.

Mais, si rien n'est convenu, on se conforme au prix du lieu où la demande a été faite. Cujas fait remarquer qu'on décide du lieu par les mêmes raisons que l'on décide du temps, *eamdem esse rationem temporis et loci.* Dans les jugements de bonne foi, c'est le lieu du jugement ; dans les jugements *stricti juris*, c'est le lieu de la demande.

298. Notre article a fait pour le lieu ce qu'il a fait pour le temps. Il se conforme à la loi romaine pour le cas où la convention s'explique sur le lieu du payement ; mais quand il y a silence, il veut que l'on se réfère au lieu où l'emprunt a été fait.

299. Nous venons de dire (n° 294) que l'art. 1903 est étranger au cas de demeure. Nous allons passer à l'art. 1904, qui s'en occupe précisément.

300. Quand il y a un terme préfix pour le remboursement, l'emprunteur doit se libérer à cette époque. S'il ne le fait pas, l'art. 1904 le soumet au payement des intérêts à compter de la demande en justice. Il doit les intérêts des denrées, si ce sont des denrées qui ont été prêtées ; il doit les intérêts

de l'argent, si c'est de l'argent qui a été prêté : enfin, il doit les intérêts de l'évaluation, si le payement a dû se résoudre en une évaluation.

301. Ces intérêts sont le dédommagement légal dû au prêteur pour un retard injuste ; il ne peut en réclamer de plus étendu, et l'art. 1904 déroge à l'art. 1149 du Code civil. Je n'ignore pas que Zachariæ enseigne que cet article n'a en vue que le prêt de sommes d'argent, et qu'il ne doit pas être étendu au cas où le prêt porte sur d'autres objets. Mais j'ai de la peine à comprendre cette restriction en présence du texte si général de l'article 1904. Je crois donc devoir maintenir ma proposition. Il s'ensuit qu'il n'y a plus lieu, dans le droit moderne, de rechercher si la chose a augmenté de valeur depuis la demande, ou si elle a diminué, ainsi que nous avons vu l'ancienne jurisprudence le faire dans notre commentaire de l'article précédent. L'art. 1904 donne une règle plus prompte et d'une exécution plus facile ; cette règle prévient des débats, des expertises, des longueurs de procédures, des pertes de temps. Soit que la chose ait augmenté ou diminué de valeur, la demande fait courir les intérêts.

302. Par là se trouve écartée une question qui avait fort préoccupé les anciens docteurs, et qui consistait à savoir si, dans le cas de remboursement en une monnaie courante d'une valeur légale différente de la monnaie prêtée, l'emprunteur, mis en demeure, devait faire compte au prêteur du préjudice que ce changement dans le cours avait pu lui occasionner. Dumoulin décidait avec raison, sous l'ancien droit, que ce changement devait être pris en considération à partir de la demeure. Aujourd'hui, il ne saurait plus en être ainsi. La peine de la demeure est dans les intérêts légaux de la somme prêtée à partir de la demande en justice.

303. L'art. 1904 ne s'explique que pour le cas où la convention assigne au débiteur un terme de payement. *Quid juris* si elle est muette.

Dans le cas le plus habituel des art. 1900 et 1901, aucun dédommagement n'est dû au prêteur à partir de la demande.

En accordant un délai, le juge déclare implicitement que le prêteur s'est trop pressé dans sa demande ; que l'emprunteur ne doit rien encore; qu'il n'y aura pour lui obligation de rendre que lorsque le délai accordé sera échu. Dès lors, il n'y a demeure de la part de l'emprunteur qu'autant qu'il laisserait écouler sans payement l'époque fixée par le magistrat.

Cependant ne donnons pas à cette solution une portée trop étendue. Il pourrait, par exemple, arriver que le juge, tout en reconnaissant que le créancier a usé des ménagements convenables, et que sa réclamation n'est pas précipitée, accordât au débiteur un délai de faveur plutôt que de justice étroite, en se fondant sur la disposition de l'art. 1244 du code civil. Pourquoi, dans cette hypothése spéciale, enlèverait-on à une demande juste en elle-même son caractère ordinaire de mise en demeure? Pourquoi ne modifierait-on pas alors les art. 1900 et 1901 par l'art. 1244?

304. Mais si l'emprunteur est en dehors des articles 1900 et 1901, si le juge reconnaît que le prêteur lui a adressé une réclamation légitime, il est évident qu'il devra les intérêts pendant tout le temps qu'il n'aura pas satisfait à la demande en justice.

CHAPITRE TROISIÈME.

DU PRÊT A INTÉRÊT.

1785. L'intérêt sur prêt est ou légal ou conventionnel.

Le taux de l'intérêt légal est fixé par la loi à six pour cent par année.

Le taux de l'intérèt conventionnel peut être

CHAPTER THIRD.

OF LOAN UPON INTEREST.

1785. Interest upon loans is either legal or conventional.

The rate of legal interest is fixed by law at six per cent yearly.

The rate of conventional interest may be

fixé par convention entre les parties, excepté :

1. Quant à certaines corporations mentionnées en l'acte intitulé : *Acte concernant l'intérêt*, qui ne peuvent recevoir plus que le taux légal de six pour cent ;

2. Quant à quelques autres corporations qui par des statuts spéciaux sont limitées à certains taux d'intérêt ;

3. Quant aux banques qui ne peuvent recevoir plus de sept pour cent.

fixed by agreement between the parties, with the exception :

1. Of certain corporations mentioned in the act, intituled : *An act respecting interest*, which cannot receive more than the legal rate of six per cent ;

2. Of certain other corporations which are limited as to the rate of interest by special acts ;

3. Of banks, which cannot receive more than seven per cent.

---

* *C. N.* 1907. } L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas.

Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit.

---

6 *Boileux*, *p.* 409, 410. } On nomme *intérêt*, ce que le prêteur exige de l'emprunteur en sus des sommes ou des choses prêtées.

Les intérêts peuvent être dûs en vertu soit de la convention, soit d'une mise en demeure (1153) : dans ce dernier cas, ils prennent le nom d'intérêts *moratoires* (de *mora* retard).

La mise en demeure, quand il s'agit d'une somme d'argent, doit résulter d'une demande judiciaire (1153) : les intérêts

ne courent, quelle que soit l'ancienneté du titre, que du jour où cette demande a été formée : Tel est le principe.

En certains cas exceptionnels les intérêts courent soit en vertu d'une simple sommation ; (*Voy.* art. 474, 1652 et 1909.) —Soit même de plein droit, (*voyez* art. 1846, 1996, 544, 550, 1378, 455, 474, 1440, 1548, 1570, 856, 1014, 1015, 2001, 2028, décret du 23 octobre, art. 4.)

Observons, que les associés (1846) et les cautions (2038) jouissent d'une faveur spéciale : non seulement l'intérêt court de plein droit à leur profit ; mais encore, ils peuvent exiger s'il y a lieu, des dommages-intérêts en sus de l'intérêt légal.

Les intérêts conventionnels doivent seuls nous occuper ici.

Le Code envisage le prêt à intérêt sous deux points de vue : 1° comme prêt ordinaire (1905-1908) ; 2° comme contrat emportant aliénation d'un capital (1909-1914).—Dans ce dernier cas, il prend le nom de *constitution de rente.*

---

* *Sts. Ref. Canada, ch.* 58, *s.* 3, 4, 5, 8. } 3. Toute personne ou personnes, pourront stipuler, donner et exiger sur tout contrat ou convention quelconque, tel taux d'intérêt ou d'escompte dont il pourra être convenu entre elles. 22 V. c. 85, s. 2.

4. Nulle banque incorporée par un acte de la législature de cette province, ou des ci-devant provinces du Haut et du Bas-Canada respectivement ou par charte royale, et nulle banque établie en vertu des dispositions de l'acte de la législature de cette province, passé dans la session tenue dans les treizième et quatorzième années du règne de Sa Majesté, intitulé : *Acte pour établir le libre commerce de banque en cette province, et pour d'autres fins relatives aux banques et aux affaires de banque*, ou établie après la mise à effet de cet acte en vertu de l'acte concernant les banques et le libre commerce des banques, ne pourra stipuler, prendre, retirer ou exiger un taux d'escompte ou d'intérêt plus élevé que sept

pour cent par année ; et tout taux d'intérêt n'excédant pas sept pour cent par année pourra être pris et reçu d'avance par toute telle banque, et telle banque pourra allouer et payer quelque taux d'intérêt que ce soit sur les deniers déposés dans la dite banque. 22 V. c. 85, s. 3.

5. Toute banque ou institution de banque, faisant commerce comme telle en cette province, pourra recevoir ou retenir, en sus de l'escompte, lorsqu'elle escompte dans aucun des lieux ou siéges de ses affaires, succursales, agences ou bureaux d'escompte et de dépôt, aucun billet, lettre de change ou autre effet ou papier négociable payable ailleurs qu'aux lieux ou siéges de ses affaires, succursales, agences ou bureaux d'escompte et de dépôt dans les limites de cette province, toute somme n'excédant pas les taux suivants par cent, suivant l'époque de l'échéance, sur le montant de tel billet, lettre de change ou autre effet ou papier négociable, pour faire face aux frais de collection de tel billet, lettre de change ou autre effet ou papier négociable, savoir :

Pour moins de trente jours, le huitième d'un pour cent ;

Pour trente jours et au-delà, mais pour moins de soixante jours, le quart d'un pour cent ;

Pour soixante jours et au-delà, mais pour moins de quatre-vingt-dix jours, les trois huitièmes d'un pour cent ;

Pour quatre-vingt-dix jours et au-delà, la moitié d'un pour cent. 22 V. c. 85, s. 4.

8. Le taux de six pour cent par année continuera d'être le taux de l'intérêt dans tous les cas où l'intérêt est payable, soit par la convention des parties, soit en vertu de la loi, et qu'aucun taux n'a été fixé par les parties ou par la loi. 22 V. c. 85, s. 5.

1786. La quittance du capital fait présumer le paiement des intérêts, à moins qu'il n'en soit fait réserve.

1786. An acquittance for the principal debt creates a presumption of payment of the interest, unless there is a reserve of the latter.

---

* *C. N.* 1908. } La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le paiement, et en opère la libération.

---

* *C. L.* 2896. } La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le paiement, et en opère la libération.

---

6 *Boileux, sur art.* 1908 *C. N.* } Les intérêts doivent être acquittés avant le capital (1254) : comme on ne peut supposer que le créancier ait prétendu laisser intervertir cet ordre, la loi décide que la quittance du capital, donnée sans réserve, fait présumer le payement des intérêts.

En cas de payements partiels, l'application de la règle établie par l'art. 1908, est restreinte aux intérêts de la portion du capital qui a été payée : la présomption de payement ne doit pas être étendue aux intérêts de la portion du capital non payée, quoiqu'ils soient échus.

Bien que cette règle soit placée sous le titre du prêt à intérêt, elle s'applique à toutes les autres dettes qui produisent des intérêts ou arrérages, nonobstant la règle que les présomptions légales ne s'étendent pas facilement d'un cas à un autre (Dur., n. 605).

—La présomption légale établie par notre article, est-elle du nombre de celles qui excluent la preuve contraire (1352) ?—Il ne s'agit ici, disent quelques auteurs, ni d'un cas où la loi annule l'acte, ni d'un cas où elle dénie l'action en justice ; mais d'une simple présomption de libération :

donc cette présomption peut et doit céder à la preuve contraire.— Mais les expressions finales de l'art. 1908, qui déclarent libéré, le débiteur porteur d'une quittance donnée sans réserve des intérêts, nous paraît trop précise, pour qu'il soit possible de s'en écarter : cet article dénie implicitement toute action au créancier ; il s'agit d'une présomption *juris et de jure.*

Lahaie, sur art. 1908 *C. N.* } *Pandectes françaises.*—C'est l'établissement d'une présomption légale, ce qu'on appelle en droit une présomption *juris et de jure*, qui ne permet point la preuve contraire. Ainsi, non seulement on ne pourrait point admettre la preuve testimoniale que les intérêts sont encore dus ; mais encore, quand même le prêteur aurait dans les mains une reconnaissance des intérêts, elle serait présumée acquittée par le défaut de réserve dans la quittance du principal, et il devrait être condamnée à la rendre. Il en serait autrement si cette reconnaissance était postérieure à la quittance, ou du même jour : elle opérerait évidemment le même effet que les réserves.

Duranton, t. 17, n. 605.—Bien que cette règle soit placée ici à l'occasion du prêt à intérêt, elle est applicable aussi aux autres dettes produisant intérêts ou arrérages, nonobstant le principe que les présomptions légales ne doivent pas facilement s'étendre d'un cas à un autre ; car la raison est absolument la même dans les autres dettes.

N. 606.— Cette présomption n'est pas du nombre de celles qui excluent toute preuve contraire. Favard, v. prêt, sect. 2, § 2, n. 4, même opinion.

---

8 *Marcadé, sur art.* 1908 *C. N.* } I.—318. L'art. 1908 contient une disposition analogue, par sa nature, à celle de l'art. 1906, dont nous avons donné plus haut le commentaire (nos 252 et suiv.) : le législateur établit encore ici une présomption. Mais il y a cette différence que, tandis que la présomption de l'art. 1906 est en faveur du prêteur auquel la loi permet de retenir les intérêts (non usuraires) qu'il a

reçus, même quand il n'y en avait pas de stipulés dans la convention, la présomption de l'art. 1908 est en faveur de l'emprunteur, qui, même quand des intérêts seraient stipulés, est censé les avoir payés et en est complétement libéré, s'il rapporte la quittance du capital, donnée par le prêteur sans aucune réserve.

319. La présomption, d'ailleurs, est fort juste ; elle a son fondement dans un usage constant et sanctionné par le Code (art. 1254), l'usage où est tout créancier de se faire payer d'abord les intérêts, improductifs par eux-mêmes et sujets à une très-courte prescription (art. 1154 et 2277), et de ne permettre au débiteur de lui rembourser le capital qu'après avoir reçu la totalité des intérêts. Cela étant, nous ne saurions admettre, du moins en principe, la solution consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt duquel il résulte qu'en cas de payement partiel, l'art. 1908 s'applique seulement aux intérêts de la portion de capital payée, et que la présomption de payement peut n'être pas étendue aux intérêts, même alors échus, de la portion de capital non payée. Il y avait dans la cause des circonstances particulières qui peuvent expliquer la décision. Mais, en principe, elle serait fort contestable : car même quand partie seulement du capital est payée, le créancier est justement et naturellement porté à faire l'imputation de ce qu'il reçoit d'abord sur les intérêts échus, sans distinction aucune entre les intérêts correspondant au solde encore dû de sa créance et ceux qui proviennent de la portion qu'il reçoit. L'utilité n'est pas moindre, en effet, pour lui, à procéder ainsi dans ce cas que dans celui où la créance lui est payée en totalité. En sorte que si la quittance qu'il donne à raison d'un payement partiel est pure et simple, si elle est faite sans réserve des intérêts, il y a lieu de supposer qu'aucuns intérêts ne lui sont dus ; et c'est le cas d'appliquer l'art. 1908, qui est fondé précisément sur cette supposition, et qui n'a rien d'assez restrictif dans ses termes pour que la disposition n'en puisse pas être invoquée par l'emprunteur dans cette situation.

320. Toutefois, on le voit, nous reconnaissons dans tout ceci l'influence que les circonstances peuvent exercer. C'est dire que nous ne partageons pas l'avis des auteurs, en assez grand nombre, qui font de la présomption établie par l'art. 1908 une présomption légale, *juris et de jure*, absolument exclusive de la preuve contraire. L'art. 1352 du Code Napoléon déclare que les seules présomptions contre lesquelles la preuve contraire n'est pas admise sont celles sur le fondement desquelles la loi annule certains actes ou *dénie l'action en justice.* Or, y a-t-il quelque chose de semblable dans notre espèce ? Non, assurément : il s'agit de la présomption prévue au deuxième paragraphe de l'art. 1350, c'est-à-dire d'une simple libération résultant de certaines circonstances déterminées ; et quand pour faire rentrer cette présomption dans les dispositions rigoureuses de l'art. 1352 on dit que l'art. 1908 dénie implicitement l'action en justice au créancier par cela même qu'il déclare le débiteur libéré, on force évidemment le sens et la portée des mots. La disposition de l'art. 1352 est en elle-même assez rigoureuse pour qu'on ne se contente pas de simples équivalents ; il faut, pour qu'elle soit applicable, être en présence d'une disposition formelle qui, sans équivoque aucune, dénie l'action en justice. Sans cela on serait conduit à en faire l'application à toutes les présomptions, puisqu'elles aboutiraient toutes, si elles ne souffraient pas la preuve contraire, à priver de toute action ceux contre qui elles sont établies (1).

(1) *Voy.*, en ce sens, MM. Toullier (t. X, nos 31 et suiv. et 54) ; Duranton (nos 431 et 606) ; Cotelle (*De l'Int.* n° 212) ; Duvergier (n° 260.—Comp. Req., 15 juill. 1834, et Cass., 3 janv. 1842 (S. V., 34, 1, 567 ; 42, 1, 329 ; Dalloz, 42, 1, 41).

CHAPITRE QUATRIÈME.

DE LA CONSTITUTION DE RENTE.

1787. La constitution de rente est un contrat par lequel les parties conviennent du paiement par l'une d'elles de l'intérêt annuel sur une somme d'argent due à l'autre ou par elle comptée, pour demeurer permanemment entre les mains de la première comme un capital qui ne doit pas être demandé par la partie qui l'a fourni, excepté dans les cas ci-après mentionnés.

Elle est assujettie quant au taux de la rente aux mêmes régles que les prêts à intérêt.

CHAPTER FOURTH.

OF CONSTITUTION OF RENT.

1787. Constitution of rent is a contract by which parties agree that yearly interest shall be paid by one of them upon a sum of money due to the other or furnished by him, to remain permanently in the hands of the former as a capital of which payment shall not be demanded by the party furnishing it, except as hereinafter provided.

It is subject with respect to the rate of interest to the same rules as loans upon interest.

---

* *C. N.* 1909. } On peut stipuler un intérêt moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger.

Dans ce cas, le prêt prend le nom de *Constitution de rente.*

Voy. *C. C. B. C.*, arts. 390, 391, 392 et 1790 ; *Pothier*, *Const. de rente*, cité sur art. 1593.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Constitut. de rente*, *n°* 1, 9, 38, 43. } 1. On peut le définir, " un contrat par lequel l'un des contractants vend à l'autre une rente annuelle et perpétuelle, dont il se constitue le débiteur pour un prix licite convenu

entre eux, qui doit consister en une somme de deniers qu'il reçoit de lui, sous la faculté de pouvoir toujours racheter la rente, lorsqu'il lui plaira, pour le prix qu'il a reçu pour la constitution, et sans qu'il puisse y être contraint."

9. Les règles auxquelles le contrat de constitution de rente a été assujetti, sont :

1° Que la rente doit être créée à un taux qui n'excède pas celui qui est réglé par le prince ;

2° Qu'elle consiste en une somme d'argent qui soit réellement comptée, ou dans le paiement d'une dette principale d'une somme d'argent. Mais on ne peut licitement constituer une rente en paiement d'arrérages, ni d'intérêts, même moratoires ou autres.

3° Il faut que le prix soit aliéné, de manière que le créancier de la rente ne puisse jamais l'exiger ;

4° Que le débiteur de la rente aît, en quelque temps que ce soit, le pouvoir de la racheter en rendant le prix qu'il a reçu.

38. La somme en paiement de laquelle le débiteur peut constituer une rente au créancier à qui elle est due, doit être une somme principale : une constitution de rente que le débiteur d'une rente constituée ferait au créancier en paiement des arrérages qu'il lui doit de cette rente, ne serait pas valable, et les arrérages qui en auraient été payés, devraient être imputés au principal. La raison est que le rapport qu'a le contrat de constitution avec le prêt à intérêt, fait regarder les arrérages d'une rente constituée comme des espèces d'intérêts ; et par conséquent la constitution de rente qui est faite en paiement desdits arrérages au créancier à qui ils sont dus, est considérée comme une espèce d'*anatocisme*, contraire aux lois, qui défendent *ne usuræ usurarum exigantur* (1).

(1) L'anatocisme est aujourd'hui permis, et même s'il s'agit d'arrérages de rente, il n'est pas nécessaire que les arrérages soient dus pour une année entière, ainsi qu'il résulte des art. 1154 et 1155, C. civ., (BUGNET).

43. Il est nécessaire pour la validité du contrat de constitution, que le sort principal soit aliéné, c'est à dire, que le créancier ne puisse jamais exiger de celui qui lui a vendu la rente, la somme pour laquelle il l'a acquise : autrement le contrat ne serait pas un contrat de constitution, mais un véritable prêt à intérêt, qui est défendu par les lois, et le débiteur pourrait imputer et déduire sur le principal tous les arrérages qu'il aurait payés.

---

* 2 *Prevost de la Jannès*, *Tit.* 16, *n°* 539 *et s.* } 539. La constitution de rente est une espèce de vente d'un revenu annuel ; elle consiste dans l'obligation de payer une certaine rente tous les ans moyennant une somme d'argent qu'on reçoit comptant et qu'on appelle le sort principal ; celui qui reçoit ce principal, en acquiert sans retour la propriété, il n'en est point débiteur, il n'est débiteur que d'une rente, le remboursement du principal est une faculté pour lui, et non une obligation ; telle est la différence essentielle entre la rente constituée, et le prêt à intérêt.

On peut constituer une rente, ou par acte passé pardevant Notaire, ou sous seing-privé, par une simple promesse de passer contrat de constitution de rente à la volonté du créancier, et en attendant de lui payer une certaine rente par an : mais pour que le créancier ait action, cinq conditions sont nécessaires.

540. La premiere, qui fait proprement l'essence et le caractere de la rente constituée, est que le principal soit aliéné à perpétuité, en sorte qu'il n'y ait dans le contrat aucune clause qui donne au créancier le droit de le répéter directement ou indirectement.

La seconde, que la rente constituée n'excede pas le fur réglé par l'Ordonnance qui a cours lors de la constitution ; ce fur est aujourd'hui le denier vingt, suivant l'Edit de Décembre 1665.

La troisieme, que le débiteur ait la faculté perpétuelle de

rembourser la rente ; cette faculté suivant nos mœurs, étant attachée à la nature même du contrat de constitution, est de droit sous-entendue sans stipulation, perpétuelle, imprescriptible, et ne peut être ôtée par aucune stipulation.

La quatrieme, que le sort principal soit délivré en argent, et non en meubles ou Marchandises, qui n'ont pas un prix absolument fixé.

La cinquieme, que la rente soit payable en argent, et non par exemple en grains, parce que les grains n'ayant pas une valeur fixe ne peuvent assurer la proportion réglée par les Ordonnances, entre le principal et le fur de la rente ; c'est la disposition de l'Ordonnance de l'année 1665, qui porte aussi que les rentes ci-devant créées en grains, seront réduites en argent pour l'avenir.

Toutes les clauses qui blessent essentiellement quelqu'unes de ces cinq conditions rendent nulle la constitution de rente ; de sorte que le créancier a droit de répéter le fort principal, et le débiteur d'imputer sur le principal les arrérages qu'il pourroit avoir payés.

A l'égard des clauses qui tendent seulement à suspendre, ou à limiter, ou à rendre plus difficile au débiteur l'effet de ces conditions, elles sont nulles, sans rendre le contrat nul, et sont censées non écrites.

Mais si la rente avoit été constituée pour le prix d'un héritage, elle ne seroit point assujettie à la plupart de ces conditions ; ces sortes de rentes peuvent être constituées à un fur plus haut que le denier vingt ; on peut stipuler que le débiteur sera tenu de les rembourser au bout d'un certain tems, ou au contraire qu'il ne pourra pas le faire pendant un tems limité, la raison est que toutes ces clauses font partie du prix de la vente, et en sont comme les conditions.

541. Il y a des rentes constituées à prix d'argent ; il y en a qui le sont gratuitement, et sans aucun prix : celles-là de droit commun ne sont point rachetables, car racheter c'est rendre le prix.

Il faut excepter les rentes à prendre sur les Maisons des

Villes et Fauxbourgs, que la faveur de la décoration des Villes a fait déclarer rachetables à perpétuité au fur du denier vingt.

542. Le créancier a action pour répéter le sort principal, contre la nature même du contrat, lorsque le débiteur a hypothéqué à la rente des héritages qui ne lui appartenoient pas, ou lorsqu'il a déclaré ses propres héritages francs et quittes, quoiqu'ils fussent chargés d'hypotheques ; lorsqu'il a manqué à faire des deniers reçus l'emploi qu'il s'étoit obligé d'en faire pour la sureté de la rente ; lorsque les biens hypothéqués sont vendus par un Decret, soit forcé, soit même volontaire parce que l'effet du Decret est de purger les hypotheques.

Comme le sceau des provisions d'un Office purge les hypotheques aussi-bien que le Decret, le principal de la rente à laquelle l'Office est hypothéqué devient exigible, quand le créancier a fait opposition au sceau : on n'excepte pas même le cas où l'Office passe du pere à son fils à titre de succession, suivant la Jurisprudence qui paroît avoir aujourd'hui prévalu au Parlement.

Quand le débiteur de la rente a fait banqueroute, et que ses biens mobiliaires sont vendus judiciairement, le créancier vient aussi à contribution, pour son principal, avec les autres créanciers.

Enfin, toutes les fois que le créancier a perdu les sûretés de sa rente, par l'infidélité ou l'insolvabilité de son débiteur, il peut l'obliger au remboursement du principal.

Pocquet de Livonnière, Règles, Liv. 2, ch. 3. } III.— Les Rentes foncieres sont proprement celles qui ont été créées par bail d'héritages ; mais on met ordinairement dans ce nombre les rentes créées par partages, et par dons et legs.

LOYSEAU, *de la distinction des Rentes.*

IV.—Les Rentes foncieres de bail d'héritages ne sont point

rachetables de leur nature ; et si elles ont été stipulées rachetables, la faculté de les racheter se prescrit par trente ans.

Paris, article 120.

LOUET & BRODEAU, *lettre P, ch.* 21.

V.— Les Rentes que nous appellons volantes, sont celles qui sont payables en grains ou volailles, et qui ont été constituées à prix d'argent. Ces rentes sont rachetables à perpétuité, et réductibles à argent, tant pour l'avenir, que pour les arrérages qui en sont dûs lors de la demande en réduction, sur le pié des Ordonnances qui avoient cours au temps de leur constitution.

Ordonnance de Charles IX, de 1565.

LOUET & BRODEAU, *lettre R, ch.* 10 *et* 12.

LE PRESTRE, *Cent.* 4, *chapitre* 12.

LOYSEL, *titre des Rentes, Reg.* 6.

Troplong, Du Prêt, sur art. 1909 *et s. C. N.* } 421. Voyons maintenant de plus près ce qu'est le contrat de constitution de rente.

Il est une sorte de vente (1) ; c'est pourquoi les Extravagantes communes en ont traité au titre *de emptione et venditione.* La rente est considérée comme un être métaphysique, que le crédirentier achète moyennant un prix qu'il paye au vendeur ; ce dernier devient propriétaire incommutable du capital versé ; il n'est jamais tenu de le rendre, de même que celui qui vend un fonds de terre devient à jamais propriétaire du prix. Telle est l'idée que tous les jurisconsultes nous donnent de la rente constituée (2).

(1) Add. " La rente constituée, dit Proudhon, *Dom. Priv.*, n° 226, participe aussi d'un contrat de vente, en ce que le bailleur du capital ne l'aliène que pour servir de prix à l'action des arrérages, dont il acquiert, par ce moyen, la créance annuelle."

(2) Add. Voici la définition de Duvergier, n°s 324 et 325, sous le code : " D'après ces données, on peut définir la constitution de rente : un contrat, par lequel l'une des parties s'oblige à payer une redevance annuelle

De là il résulte qu'il y a dans ce contrat une aliénation perpétuelle du capital; c'est surtout ce point qui le distingue du contrat de prêt. *Et sic*, dit Dumoulin, *talis reditus non est usura, sed vera merx et res empta* (1). Sans doute, dans le prêt aussi, le capital prêté est aliéné : *Ex meo fit tuum*. Mais cette aliénation est soumise à la condition de rendre dans un certain temps (art. 1899 du code civil); tandis que dans la rente

et perpétuelle, mais essentiellement rachetable, pour prix d'une certaine quantité de choses fongibles qu'elle a reçues de l'autre, et que celle-ci s'interdit d'exiger.

" Le mot *prêt* ne m'a point paru devoir entrer dans la définition de la rente, malgré l'analogie qui, sous plusieurs rapports, existe entre ces deux espèces de conventions. Zachariæ n'a pas eu les mêmes scrupules : il dit que " les rentes constituées sont celles qui ont été établies, comme " condition *du prêt* d'un capital dont le prêteur renonce à exiger le rem- " boursement."

" Il est bien entendu, au surplus, soit qu'on adopte cette formule, soit qu'on préfère celle que j'ai donnée, que le créancier de la rente, à la différence du prêteur, ne peut demander le remboursement du capital qu'il a aliéné."

Deleurie donne cette définition, nº 11302 : " C'est un contrat par lequel une des parties vend à l'autre une rente annuelle, dont elle se constitue débitrice, pour un prix licite, convenu entre elles, lequel prix doit consister en une somme de deniers que le débiteur reçoit, sous la faculté de racheter la rente, quand il lui plaira, pour le même prix qu'il a reçu, et sans pouvoir y être contraint. Cette définition ne convient exactement qu'à la rente perpétuelle."

Même définition dans Rolland de Villargues, *Rente*, nº 40.

Championnière et Rigaud, nº 1296, donnent la suivante : " La constitution de rente est aujourd'hui un contrat par lequel une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge de servir un intérêt, ou une valeur en tenant lieu, jusqu'à ce que l'emprunteur ait rendu la chose prêtée, ou son équivalent, que le prêteur s'interdit d'exiger." Même définition, à fort peu de chose près, par Proudhon, *Dom. priv.*, nº 226.

(1) *De usuris*, q. 1, nº 21 ; *suprà*, nº 361.

constituée l'obligation de rendre n'existe pas (1). Là est la différence essentielle (2).

(1) Art. 1909 : " *Que le prêteur s'interdit d'exiger.*"

(2) Pothier, n° 4 : *infrà*, n° 463 ; Duparc-Poulain, t. III, p. 64, n° 30.

Add. Duvergier s'exprime ainsi sur cette condition, n° 320 : " Au surplus sous la nouvelle legislation, comme sous l'ancienne, la rente constituée a pour signes caractéristiques, pour éléments distinctifs, l'aliénation du sort principal, et la faculté du rachat.

" Les articles 1909 et 1911 du code civil indiquent clairement cette double condition, eu disant, l'un, que la constitution de rente consiste en une stipulation d'intérêt, moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger ; l'autre, qu'elle est essentiellement rachetable.

" L'identité entre l'ancienne doctrine et celle que renferment ces textes ne s'aperçoit point au premier coup d'œil ; quelques-unes des expressions du moderne législateur pourraient même donner à penser qu'il n'a pas voulu maintenir la ligne de démarcation, si bien établie dans l'ancien droit, entre la rente et le prêt.

" En effet, d'une part, les deux articles ne parlent pas de l'aliénation du capital ; d'un autre côté, ils sont placés sous la rubrique du *prêt à intérêt ;* la partie au profit de laquelle la rente est constituée est appelée *prêteur ;* et enfin la constitution est déclarée formellement n'être qu'une espèce de prêt.

" Mais si le code ne dit point que le sort principal est aliéné, il dispose que le capital ne peut être exigé. C'est la même idée sous une forme différente.

" Le prêt d'une chose fongible, et notamment d'une somme d'argent, en transfère la propriété à l'emprunteur ; en d'autres termes, le capital prêté est aliéné. Cela a été vrai à toutes les époques et sous tous les régimes. Lors donc que l'aliénation du sort principal est présentée comme l'un des éléments du contrat de constitution de rente, l'on n'a pas pour but seulement d'indiquer que la propriété en est transmise à celui qui s'oblige à servir la rente : ce serait dire ce qui est également vrai pour le prêt ; on veut faire entendre que la transmission est faite à perpétuité ; que jamais le crédirentier ne pourra exiger la restitution, tandis que le prêteur a droit de se faire rembourser, au terme fixé, la somme prêtée.

" Les jurisconsultes s'attachaient avec un soin extrême, on l'a déjà vu, à trouver des différences entre le prêt et la constitution ; ils n'avaient garde d'avouer que ces contrats appartiennent au même genre et c'eût été de leur part une contradiction manifeste d'appliquer à l'un et à l'autre la même dénomination. Ces raisons ne subsistent plus mainte-

421. 2° (1).

463. Le rachat doit se faire pour le total. Le créancier n'est pas obligé de le souffrir par partie. Les héritiers du débiteur doivent s'entendre entre eux pour faire un remboursement intégral; un remboursement fractionné, qui laisserait subsister une partie de la rente, ne saurait être admis.

La raison en est que le sort principal n'est pas exigible; que, n'étant pas *in obligatione*, il ne se divise pas entre les héritiers, comme les obligations; que ce qui se divise, c'est seulement l'obligation de payer les arrérages de la rente, mais non pas la faculté de rachat, qui est un moyen de réso-

nant, la loi a donc pu, sans inconvénient, laisser apercevoir leur commune origine, leurs effets analogues, leurs traits de ressemblance, aller enfin jusqu'à les désigner par le même nom.

" C'était encore par suite du désir d'écarter toute assimilation entre eux, que l'on prétendait que la constitution est une espèce de vente. Cette formule manquait d'exactitude et de précision; ceux qui l'employaient étaient les premiers à le reconnaître; mais comme la vente diffère essentiellement du prêt, on croyait utile d'appeler vente la rente constituée."

Duranton dit, n° 608 : " L'interdiction du droit de pouvoir exiger le remboursement le faisait en effet singulièrement différer du prêt de consommation. Mais d'un autre côté, comme il ne paraissait pas conforme aux principes de la liberté naturelle qu'un homme pût rester obligé à perpétuité, ainsi que ses héritiers, il fut reconnu qu'il serait de l'essence de la constitution de rente en perpétuel, d'être essentiellement rachetable à la volonté du débiteur. C'était comme une vente faite à réméré stipulé à toujours."

(1) Add. *Significations différentes du mot* rente.—Championnière et Rigaud disent, n° 1292 : " On appelle *rente* une certaine somme ou valeur, ou quantité de choses mobilières et fongibles, qui doit être annuellement payée.

" Lorsque la rente consiste en argent, elle prend le nom particulier d'arrérages. On donne aussi ce nom à la rente qui se compose d'objets en nature, mais improprement.

" On nomme quelquefois rente le contrat dans lequel elle est stipulée."

lution, et qui, à ce titre, ne saurait être souffert pour partie (1).

Delvincourt croit cependant qu'il n'en est pas ainsi, et qu'un héritier pour partie peut obliger le créancier à souffrir le rachat pour sa part (2). Cette opinion avait été enseignée

(1) Dumoulin, *De divid. et individ.*, p. 2, n° 209, et p. 3, n° 23 ; Pothier, *Constit. de rente*, n° 190 ; Merlin, *Répert.*, v° *Rente constituée*, p. 552, n° 14 ; Dalloz, *Rente constituée*, § 9, n° 3.

Add. *Junge* Dufour, n° 258.

(2) T. III, notes, p. 416.

Add. Duvergier, n° 336, reproduit l'opinion de Delvincourt, qui disait : " J'avoue que quelque respectable que soit l'autorité de Pothier et de Dumoulin, leurs raisons m'ont toujours paru plus subtiles que solides. Il est certain que, quand la dette est à terme, chacun des héritiers du débiteur n'est tenu que pour sa part, soit que la somme prêtée porte intérêt ou non. Or quelle influence peut avoir sur la divisibilité de la créance la circonstance qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu de terme fixé pour le remboursement ? J'avoue que je n'ai vu dans aucun auteur de raison valable de différence. Cependant, à l'époque où Dumoulin écrivait, il était possible de donner un motif au moins spécieux de son opinion, et pour cela il faut se rappeler que les rentes constituées avaient été imaginées dans un temps où tout ce qui avait la plus légère apparence d'usure était sévèrement prohibé. Cependant, comme le commerce commençait à fleurir, qu'il avait besoin de fonds, et que l'on sentait qu'il était à peu près impossible d'espérer des prêts gratuits, l'on imagina les rentes constituées. Mais en même temps, pour ne pas paraître autoriser, même dans ce cas, le prêt à intérêt, on imagina une fiction, par l'effet de laquelle celui qui, par exemple, voulait emprunter six mille francs à constitution de rente, paraissait vendre au prêteur tous ses biens moyennant une somme de six mille francs, qu'il reconnaissait avoir reçue ; et attendu que la livraison des objets vendus n'avait pas lieu, le prétendu vendeur s'engageait à payer les intérêts du prix de la vente du taux légal. En même temps les parties stipulaient que la vente pouvait être résolue à perpétuité, en rendant par le vendeur la somme de six mille francs qu'il avait reçue. Lorsque le débiteur rachetait la rente, c'était donc un réméré qu'il était censé exercer, et comme le réméré ne peut être partiel, il n'était pas étonnant que l'on décidât que la rente ne pouvait être rachetée partiellement. Actuellement que toutes ces fictions ont disparu, et que la rente constituée est considérée pour ce qu'elle est

dans l'ancien droit par Follerus (1), et elle est suivie par Duranton (2), Zachariæ (3) et Duvergier (4). Je la crois inexacte. Les articles 1667 et 1670 du code civil, en matière de

réellement, c'est-à-dire comme un prêt d'argent à intérêt, avec la clause que le remboursement du capital ne pourra être exigé par le créancier, je ne verrais aucune raison d'excepter cette espèce d'obligation des règles relatives à la divisibilité des obligations, et je penserais volontiers, d'après cela, que le système de Dumoulin et de Pothier ne devait plus être admis. L'on dit encore, pour justifier cette opinion, que, dans la rente constituée, il n'y a pas d'autre obligation que celle de la prestation des arrérages; que cette obligation est contractée sous la condition résolutoire, *si telle somme fournie dans l'origine par le créancier n'est pas remboursée.* Or, il est de principe qu'une condition imposée à une seule personne ne peut être accomplie par parties, 1. 23 ff. *de condit. et demonst.*, et ce, quand même celui à qui la condition est imposée viendrait à être remplacé dans la suite par un plus grand nombre de personnes: *Omnis numerus corum qui in locum ejus substituuntur, pro singulari persona est abendus.* L. 56, ff. *eod.* Mais encore une fois ces raisonnements paraissent bien subtils. D'ailleurs, dans les lois précitées il s'agit de conditions apposées à des dispositions testamentaires ; il ne pouvait donc y être question des héritiers du légataire, puisqu'il était et qu'il est encore de principe que la condition doit être accomplie avant le décès de ce dernier : ces lois ne font donc rien à la question."

Duvergier dit, après cette citation : " Dalloz, n° 14, et le *Répertoire de jurisprudence*, v° *Rente constituée*, § 9, n° 3, reproduisent sans développements l'ancienne doctrine. Duranton, n° 613, adopte au contraire l'opinion de Delvincourt, à laquelle se range aussi Zachariæ, § 398. Mais ce dernier se trompe, en disant que Delvincourt et Duranton suivent l'ancienne jurisprudence. Seulement Duranton pense que, s'il s'agissait d'un contrat passé avant le code civil, il faudrait décider que le remboursement partiel ne peut pas avoir lieu."

(1) *Contract. cens.*, cité par Pothier.

(2) T. XVII, n° 613.

(3) T. III, § 398.

(4) N° 336.

Add. *Junge* Mazerat sur Demante, n° 650.

Jurisprudence.—La stipulation insérée par deux époux dans un contrat de constitution de rente, que le capital ne pourra être remboursé qu'en une seule fois, ne rend pas l'obligation indivisible quant à leurs

réméré offrent à cet égard un argument d'analogie très puissant, et qui ajoute à la force des raisons que nous empruntions tout à l'heure aux princes de la science, à Dumoulin, à Pothier !

On objecte que la constitution de rente est aujourd'hui un prêt plutôt qu'une vente, et qu'on doit lui appliquer les principes ordinaires en matière de restitution de la somme prêtée.

Je réponds que, quel que soit le rapprochement opéré par le législateur moderne entre le prêt à intérêt et la rente constituée, il y a cependant entre ces deux contrats des différences notables, que l'on ne saurait effacer. Dans le pur prêt à intérêt, l'obligation principale est de rendre, et elle est divisible puisqu'elle porte sur des choses divisibles. Est-ce également l'obligation principale dans la rente constituée ? Non ; car il n'y a de rente constituée qu'à la condition de n'y avoir pas d'obligation de rendre. Or, pour parler de divisibilité d'une obligation, il faut avant tout que l'obligation existe. Elle n'existe pas ici.

Ce qui existe, c'est le droit de résoudre le contrat par le rachat. Or, on ne résout pas un contrat par parties ; on ne met pas particulièrement un acheteur au même et semblable état qu'avant le contrat.

Vous insistez sur ce que nous sommes ici en matière de

héritiers, qui ne sont tenus au remboursement que pour leur part et portion. Brux., 25 juillet 1825 (*Arr. not.*, IX, 2, 143).

—L'obligation que contracte le débiteur d'une rente constituée, tant en arrérages qu'en principal, est divisible entre ses héritiers, en ce sens qu'ils ne peuvent être contraints, soit au rachat, soit au payement des arrérages, que pour la part dont chacun d'eux est tenu à raison de sa portion virile.

Il en est de même à l'égard des héritiers de la caution. Brux., 14 juillet 1818 (*Jur. de Belg.*, 1818, 2, 125).

—L'un des débiteurs d'une rente constituée qui rembourse le capital en entier, peut répéter contre ses codébiteurs la part et portion de chacun d'eux, surtout si ces rentes ont été remboursées dans l'intérêt commun de tous. Brux., 25 octobre 1821 (*Jur. de Belg.*, 1821, 2, 270).

prêt, et qu'il faut écarter les idées de vente et de rachat, idées surannées depuis que le prêt à intérêt est permis. Mais lisez donc l'art. 1911, qui vous dit que la rente constituée est essentiellement *rachetable*, et arrêtez-vous au mot *rachat*, employé dans son second paragraphe. Croyez-vous que ce mot soit sans valeur réelle, et qu'il ne réponde pas à une idée précise ? Le législateur s'en est-il jamais servi en parlant du prêt, et pouvait-il s'en servir ? Convenez donc qu'il y a dans la constitution de rente quelque chose de particulier qui n'affecte pas le pur prêt ; convenez que si elle est un prêt (et je ne le veux pas nier) (1), c'est un prêt différent à bien des égards du prêt proprement dit. Dès lors, laissez à l'ancienne doctrine une autorité que rien dans le code civil n'a voulu lui enlever.

464. Il en est autrement quand le principal devient exigible par la faillite de l'un des débiteurs (art. 1913). Ce n'est plus alors une faculté dont le débiteur se sert contre le créancier ; c'est, au contraire, le créancier qui agit contre le débiteur et exige de lui ce qu'il doit. Or, ce qu'il doit, c'est sa part et rien de plus (2). Il faut bien se garder de confondre le cas où la somme est devenue exigible avec celui où il est défendu au créancier de l'exiger.

465. Pour être reçu au rachat, le débiteur doit offrir non seulement le principal, mais encore les arrérages échus jusqu'au jour du payement.

Tous ces arrérages doivent être payés et liquidés avant d'éteindre le capital (3).

466. Il suit de là que l'héritier pour partie, qui veut amortir la rente, doit préalablement payer au créancier le montant intégral des rentes échues. Objectera-t-on que, n'étant héritier que pour partie, il ne saurait être tenu des arrérages que pour sa part ? Sans doute, tant qu'il ne veut pas faire le

(1) Voy *suprà* les nos 421 et 422.

(2) Pothier, no 192.

(3) Idem, no 196.

rachat; mais lorsqu'il se propose de l'effectuer, il trouve devant lui un obstacle qui altère sa position; c'est la fin de non-recevoir qu'élève contre le remboursement du principal le non-payement de tous les arrérages arrivés à échéance (1).

466. 2° (2).

466. 3° (3).

(1) Idem, n° 198; Duparc-Poullain, tome III, page 91, n° 67.

(2) Add. Quid *du cas où la rente a été partagée entre les héritiers du crédirentier?* —Duvergier pose et résout la question, n° 336, en ces termes : " Le rachat peut-il être partiel?

—Non, entre le créancier et le débiteur, à moins de stipulation expresse. Le doute ne peut s'élever qu'après leur mort, ou celle de l'un d'eux, et relativement à leurs héritiers.

" Quant à ceux du créancier, si la rente a été partagée entre eux, ils n'ont ni droit ni intérêt à contester le remboursement partiel. Dans ce cas, chacun n'a que sa part dans le capital; peu importe à celni qui la reçoit que ses cohéritiers aient ou non reçu la leur. Si, au contraire, par l'effet du partage, la rente entière est échue à un seul, la division est évidemment impossible."

Jurisprudence.—L'obligation de donner hypothèque ou de rembourser le capital d'une rente est indivisible. Il en est de même des arrérages. Bruxelles, 18 octobre 1819, (*Jur. de Belg.*, 1819, 2, 217).

—La solidarité stipulée contre les débiteurs d'une même dette ne suffit pas pour rendre chacun de leurs héritiers solidaires, si la dette est divisible. Bruxelles, 25 juillet 1825 (*Jur. de Belg.*, 1825, 2, 151; *Jur. du* XIX*e* *siècle*, 1825, 3, 137).

(3) Add. *Le remboursement peut être fait par tous ceux qui y ont intérêt.*—Duvergier dit, n° 337 : " Le débiteur de la rente ou ses héritiers ne sont pas les seuls qui puissent en faire le remboursement.

" Tous ceux qui sont tenus de la rente, dit Pothier (n°s 176 et 177), " soit comme cautions et garants de la solvabilité du débiteur, soit hy-" pothécairement comme détenteurs des biens qui y sont hypothéqués, " peuvent pareillement obliger le créancier à ce rachat auquel ils ont in-" térêt : car cette faculté est inséparable de l'obligation de la rente cons-" tituée et appartient à tous ceux qui sont tenus de cette obligation, de " quelque manière qu'ils le soient. Le créancier est même obligé à les " subroger à tous ses droits, s'ils le requièrent, et il doit leur remettre la " grosse de son contrat.

" Il n'est même pas nécessaire, pour avoir le droit d'obliger le créan-

466. 4° (1).

467. Le payement des arrérages et du sort principal est soumis aux règles ordinaires. Ce n'est que lorsqu'il s'opère

" cier d'une rente constituée à en souffrir le rachat, d'être tenu de cette " rente. Un créancier hypothécaire du débiteur de la rente, postérieur " en hypothèque au créancier de ladite rente, a pareillement le droit de " la racheter ; il lui suffit pour cela qu'il ait intérêt au rachat et à la " subrogation à ce droit d'hypothèque de l'ancien créancier pour assu- " rer la sienne.

" Ce créancier postérieur a même quelque chose de plus que ceux qui " sont tenus personnellement ou hypothécairement de la rente ; ceux-ci, " en la rachetant, ne sont subrogés aux droits et actions du créancier " que lorsqu'ils ont requis expressément la subrogation, au lieu que le " créancier postérieur en hypothèque qui, en sa qualité de créancier hypo- " thécaire, rachète la rente due au créancier antérieur, lui est subrogé " de plein droit, quand même il n'aurait pas requis expressément subro- " gation."

" Ces différentes solutions sont confirmées par les dispositions de l'art. 1251 du code civil. Il faut seulement remarquer qu'aux termes de cet article, la subrogation a lieu de plein droit, dans tous les cas, et aussi bien en faveur des cautions, des garants et des détenteurs de l'immeuble affecté au service de la rente, qu'en faveur du créancier postérieur en hypothèque." Op. conf. de Dufour, n° 256.

(1) Add. Quid *du* RACHAT *de rentes qui sont le prix d'objets mobiliers non fongibles ?*—Duvergier dit, n[os] 362 et 363 : " Dans ce chapitre, le legislateur ne s'occupe que des rentes constituées moyennant un capital aliéné. L'article 530 trace les règles relatives à celles qui sont établies pour le prix de la vente d'un immeuble ou comme condition de la cession d'un fonds immobilier. Quant aux autres qui peuvent être le prix d'objets mobiliers non fongibles, la condition d'une transaction, ou l'effet d'une libéralité, quel régime doit-on leur appliquer ?

" D'abord, il n'est pas douteux qu'elles sont essentiellement rachetables. Sans la faculté de rachat, le débiteur serait engagé pour toujours au service de la rente. Or des obligations perpétuelles ont paru ne pas devoir être tolérées : on les a considérées comme contraires aux principes de liberté proclamés par la révolution ; on a voulu qu'il y eût sans cesse un moyen légal de s'en affranchir. Cette raison subsiste, et par conséquent la solution doit être la même, quelle que soit l'origine de la

par voie de compensation que quelques nuances particulières sont à noter.

En effet, le capital n'étant pas exigible dans la constitution de rente, il est impossible que la compensation s'opère de plein droit. Il ne suffit pas dès lors que le débiteur de la rente soit devenu créancier du crédirentier, pour que le principal de la rente soit affecté de la compensation ; il faut encore que le débiteur manifeste sa volonté de racheter (1). Ce rachat n'est que facultatif ; le principal de la rente n'est dû que lorsque le débiteur veut effectuer le remboursement ; il est donc nécessaire que ce dernier ait mis en mouvement cette volonté pour que la compensation soit possible (2). Voilà une première différence dans cette matière entre la

rente, quel que soit le motif qui a fait prendre l'engagement de la payer, quelle que soit la chose dont elle est le prix.

" Dans l'ancien droit, on aurait décidé autrement. Les rentes constituées moyennant un capital aliéné étaient les seules susceptibles de rachat ; toutes les autres, et notamment les rentes foncières, étaient irrachetables. En un mot, la faculté de rachat était l'exception : c'était à celui qui voulait l'invoquer à prouver qu'il était dans le cas pour lequel elle était établie. Aujourd'hui, au contraire, toutes les rentes, même les rentes foncières, son rachetables. La faculté de rachat est non seulement la loi générale, mais même une règle à laquelle les conventions des parties ne peuvent déroger.

" En second lieu, il est évident que la faculté de rachat ne peut pas être ici plus absolue que lorsqu'il s'agit de rentes constituées dans les termes mêmes du code ; et qu'ainsi il est permis de stipuler, conformément à l'article 1911, que le rachat ne sera pas fait avant un délai qui ne pourra excéder dix ans, ou sans avoir averti le créancier au terme d'avance qui aura été déterminé." Voy. ci-dessus, n° 426 2°.

(1) Add. Op. conf. de Cotelle, n° 113, où il dit : " Cette notification est nécessaire pour la preuve, si elle ne pouvait pas se faire par témoins, comme dans tous les cas où cette preuve est exclue ; mais elle peut être suppléée par tout acte qui paraîtrait en tenir lieu, comme un consentement par écrit, qui aurait été reçu par le créancier, et dont la réception de sa part serait établie."

(2) Pothier, n° 204 ; Toullier, t. VII, n° 404.
Add. Op. conf. de Duranton, n° 630.

constitution de rente et le prêt d'une somme devenue exigible.

468. Il y en a un autre : c'est que le remboursement ne pouvant pas se faire partiellement, il ne doit y avoir de compensation qu'autant que la somme due par le crédirentier égal le principal qui lui est dû, sans quoi il est autorisé à refuser la compensation (1).

(1) Pothier, n° 205; Toullier, n° 405.

Add. " Ces différentes solutions, dit Duvergier, n° 335, sont fondées sur ces deux incontestables principes : que le capital d'une rente n'est point *exigible* par le créancier, et qu'il n'y a de compensation qu'entre des dettes également *exigibles*. Op. conf. de Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 334.

Mazerat sur Demante admet la compensation, sans distinguer si le crédirentier est débiteur d'une somme égale ou supérieure au capital de la rente qui lui est due.

Duranton dit, n° 630 : " Et quand au point de savoir si le débiteur de la rente peut l'éteindre pour partie seulement par voie de compensation facultative, sans offrir le remboursement du surplus, nous l'avons décidé négativement au tome VII, n° 410, où nous donnons la raison de cette décision."

Cet auteur disait au titre *des Obligations*, n° 410 : " Mais nous ne pensons pas que le débiteur de la rente à qui il sera dû une somme inférieure à son capital, pût ne l'éteindre que pour partie seulement, attendu que la loi n'autorise pas le remboursement partiel ; le créancier ne peut être forcé de dénaturer son contrat, en le morcelant à chaque moment, ce qui serait possible dans ce système. Le débiteur de la rente doit donc offrir en espèces le supplément, en faire la consignation, au refus du créancier de recevoir, et les intérêts et les arrérages cesseront de courir du jour du dépôt (Avt. 1259, 2° alinéa). (Op. conf. de Cotelle, n° 114).

" Si le créancier de la rente est en droit d'exiger son remboursement, parce que le débiteur a cessé pendant deux ans de remplir ses obligations, ou parce qu'il a manqué de fournir les sûretés promises par le contrat (art. 1912), ou, par la même raison, parce qu'il a diminué par son fait celles qu'il avait données (art. 1188), alors, en formant sa demande en remboursement, le créancier peut opposer la compensation avec ce qu'il doit de son côté au débiteur ; mais la compensation ne datera que du jour de la demande.

" Dans ces divers cas, comme elle n'a pas lieu de plein droit, celle des

408 2° (1).

parties qui peut en faire usage et qui a négligé de le faire, n'a pas à craindre l'application de l'article 1299; en conséquence, en exerçant sa créance, elle peut faire valoir les privilèges et hypothèques qui y seraient attachés, et elle conserve son action entière contre la caution, s'il y en a une."

Cotelle, n° 115, dit au sujet de la dernière solution de Duranton : " Dumoulin enseigne de plus que, quand même le débiteur de la rente serait tombé dans un des cas de commise qui pourraient autoriser le créancier, son débiteur de sommes exigibles, à le forcer au remboursement, cela ne donnerait pas ouverture à la compensation de plein droit, parce que ces cas de commise donnent lieu à une action pour contraindre au remboursement, et ne rendent pas pour cela le principal de la rente exigible *de plano ;* il ne devient dette exigible que par la condamnation. Ainsi, dans les deux cas exprimés par l'article 1992, par lequel le débiteur de rente, faute de payer la rente pendant deux ans, ou de fournir les sûretés promises, peut être contraint au rachat, le créancier a seulement une action, mais n'a pas droit à la compensation de la rente, comme dette exigible.

" Par la même raison, la rencontre de la dette exigible envers le débiteur d'une rente n'exempte pas celui-ci de la commise, si ce n'est pour le défaut de payement des arrérages, lorsqu'ils concourent avec quelque dette de pareille somme exigible."

Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 335, ajoute : " *Quid* si Pierre, créancier de 6,000 francs exigibles, est débiteur d'une rente perpétuelle de 400 francs, au principal de 8,000 francs, pourra-t-il offrir les 6,000 francs qui lui sont dus, en compensation, jusqu'à due concurrence du capital de la rente, de manière qu'il ne soit plus débiteur que d'une rente de 100 francs, au principal de 2,000 francs ? Ceux qui sont d'avis de l'indivisibilité du rachat doivent soutenir la négative. S'il était une fois admis que le rachat est divisible, alors la question se déciderait par le droit commun, d'après lequel la dette peut être éteinte partiellement par la compensation."

Jurisprudence.—Le rachat d'une rente peut se faire par compensation ; mais cette compensation n'a pas lieu de plein droit, du moment où le débiteur de la rente devient à son tour créancier : la rente n'est éteinte qu'à dater du jour où le débiteur déclare au créancier qu'il entend en faire le rachat et user de la compensation. Liége, 12 déc. 1811 (*Arrêts notables*, IV, 1, 67).

(1) Add. Quid *du cas de deux rentes réciproquement dues ?*—Duver-

468. 3° (1).

469. Que si le débiteur de la rente se trouvait dans l'un des cas où le principal est exigible (article 1913), on rentrerait dans la règle ordinaire que la compensation opère de plein droit (2).

gier, n° 335, reproduit, en l'approuvant, l'opinion de Toullier (t. VIII, n° 406) : " Enfin, dit-il, il suppose deux individus réciproquement créancier et débiteur l'un de l'autre d'une rente perpétuelle de même qualité et quantité, et rachetable pour une même somme ; et il enseigne que la compensation ne peut avoir lieu que d'un consentemenl mutuel. Il fait remarquer que chacun peut dire à l'autre : J'ai besoin de fonds ; je ne veux point rembourser ; je veux vendre la rente que vous me devez, pour jouir du prix de la vente : je continuerai de payer celle que je vous dois." O. conf. de Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 335.

Mazerat sur Demante, n° 650, admet la compensation de droit, même sans égalité du capital.

(1) Add. Quid *de la compensation des arrérages ?*—Duvergier dit, n° 335, d'après Toullier (t. VIII, n° 406) : " Quant aux arrérages de rentes, à l'exception des rentes alimentaires, ils se compensent de plein droit, lorsqu'ils sont échus, avec toute espèce de dettes (Pothier, n°s 204-207)."

(2) Delvincourt, t. III, notes, p. 415.

Add. Op. conf. de Duvergier, n° 335.

Jurisprudence.—Le capital d'une rente constituée en perpétuel devient de plein droit exigible, si le débiteur de la rente manque de fournir au prêteur les sûretés promises. Il en est de même en cas de morcellement des biens donnés en hypothèque pour sûreté de la rente. Ainsi, lorsque le débiteur de la rente est de son côté créancier de celui à qui elle est due, et que les biens donnés en garentie hypothècaire pour la rente ont été aliénés ou morcelés, la compensation entre les deux créances s'opère à l'époque de l'aliénation ou du morcellement, et non du jour seulement de la demande en remboursement. Brux., 13 juillet 1830 (*Jur. de Belg.*, 1830, 2, 193 ; Dalloz, t. XXIII, p. 370, n° 29 ; Duranton, t. IX, n°s 628 et suiv.).

1788. La constitution de rente peut aussi se faire par donation et par testament.	1788. Constitution of rent may likewise be made by gift or will.

Voy. autorités sur art. 1787.

1789. La rente peut être constituée en perpétuel ou à terme. Lorsqu'elle est en perpétuel, elle est essentiellement rachetable par le débiteur, sujette néanmoins aux dispositions contenues aux articles 390, 391 et 392.	1789. Rents may be constituted either in perpetuity or for a term. When constituted in perpetuity they are essentially redeemable by the debtor; subject to the provisions contained in articles 390, 391 and 392.

* *C. N.* 1910 } 1910. Cette rente peut être constituée de
1911. } deux manières, en perpétuel ou en viager.

1911. La rente constituée en perpétuel est essentiellement rachetable.

Les parties peuvent seulement convenir que le rachat ne sera pas fait avant un délai qui ne pourra excéder dix ans, ou sans avoir averti le créancier au terme d'avance qu'elles auront déterminé.

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Constitut. de Rente*, *n°* 51-52. } 51. Les lois, tant séculières qu'ecclésiastiques, qui ont permis dans le for intérieur, et déclaré licite dans le for de la conscience, le contrat de constitution, y ont apposé cette condition, "que le débiteur qui a constitué la rente, et ses successeurs, auraient toujours la faculté de racheter la

rente et de s'en libérer, en rendant au créancier la somme qui a été payée pour le prix de la constitution."

De là il suit

1° Que cette faculté est imprescriptible;

2° Qu'elle doit toujours être sous-entendue dans tous les contrats de constitution, quoiqu'elle n'y soit pas exprimée;

3° Qu'une clause dans un contrat de constitution de rente, par laquelle "la faculté de racheter la rente serait formellement refusée au débiteur qui l'a constituée", rendrait le contrat nul, et incapable de produire des arrérages, jusqu'à ce que le créancier eût déclaré au débiteur qu'il se désiste de cette clause. C'est pourquoi tous les arrérages courus avant cette déclaration, que le débiteur aurait payés, doivent être censés avoir été payés sans cause et sans être dus, et le débiteur qui les a payés peut les imputer sur la somme qu'il a reçue pour le prix de la constitution, qui en doit être diminué et acquitté d'autant.

52. De là il suit:

4° Qu'on doit regarder comme nulles toutes les clauses d'un contrat de constitution qui tendraient à restreindre ou à gêner, de quelque façon que ce soit, la faculté que doit avoir le débiteur de racheter la rente.

Telle est la clause par laquelle il serait stipulé "que le débiteur ne pourrait racheter la rente qu'en indiquant au créancier un autre bon emploi des deniers du rachat".— Telle est celle par laquelle il serait dit "que le débiteur ne pourrait racheter la rente qu'après en avoir averti le créancier six mois auparavant, afin que le créancier eût le temps de trouver un autre emploi."

Il est vrai que Basset rapporte un arrêt de son parlement, qui a jugé cette clause valable; mais je ne crois pas que cette arrêt doive être suivi, étant contraire aux lois, qui n'ont permis le contrat de constitution que sous la condition que le débiteur jouirait de la faculté de racheter la rente toutes les fois qu'il lui plairait.

Observez néanmoins une différence entre ces clauses, et

celle par laquelle la faculté de racheter la rente serait formellement déniée. Celle-ci rend le contrat de constitution nul, et en conséquence les arrérages qui en ont été payés, s'imputent sur le principal, comme il a été dit ci-dessus; au lieu que ces clauses, qui ne contredisent pas formellement la loi, et qui n'y donnent qu'une atteinte indirecte, sont à la vérité nulles, mais elles n'entraînent pas la nullité du contrat de constitution.

C'est pourquoi le débiteur pourra être admis au rachat, sans avoir égard à ces clauses, sans avoir averti six mois auparavant, et sans être tenu d'indiquer un emploi: mais le contrat est valable; et bien loin que le débiteur puisse imputer sur le principal les arrérages qu'il a payés, il sera tenu de payer ceux qui ne l'ont pas été, et qui ont couru jusqu'au jour du rachat.

---

* 9 *Isambert, Anc. Lois frs., Ordonn. de Chs. VII de Nov.* 1441, *art.* 18. } 18. Que toutes rentes constituées par acceusement, après le premier acceusement, ou après autres rentes, seront rachetables au pris dessusdit.

---

* 1 *Bourjon, Dr. Com., Tit.* 8, *ch.* 1, *sec.* 2, *n°* 12, *p.* 324. } XII. Il est de leur essence qu'elles soient rachetables à perpétuité, c'est leur troisème base......

Art. 18 de l'Ordonnance de Charles VII de 1441; Duplessis, traité des droits incorporels, liv. 3, ch. 2, tout au commencement, page 159: et l'on rejette toutes clauses qui tendraient à gêner cette liberté, des contrats et usures, § 101 et 141; voyez Loysel, tit. des rentes, rég. 7, et Brodeau sur l'art. 94 de la Coutume.

---

6 *Boileux, sur arts.* 1910-1911 *C. N.* } La rente perpétuelle dure indéfiniment; c'est-à-dire, jusqu'au moment où le débiteur remboursera le capital que le créancier s'est interdit d'exiger.

La rente viagère doit être servie jusqu'à la mort d'une per-

sonne : après cet événement, le débiteur est libéré ; le capital lui est acquis (*voyez* tit. 12, chap. 22).

Le débiteur de la rente ne peut être contraint au rachat ; mais il eût été déraisonnable, de l'assujettir à perpétuité au payement d'une redevance périodique dont il ne pourrait jamais s'affranchir : aussi, le Code, appliquant aux rentes constituées à prix d'argent le principe consacré ailleurs, au sujet des rentes constituées pour prix de la vente d'un immeuble ou comme condition de cette aliénation (530), déclare-t-il ces rentes *essentiellement* rachetables : le débiteur ne peut donc s'interdire la faculté de se libérer en remboursant le capital qu'il a reçu.

D'où il résulte : 1° que la faculté de rachat est toujours sous-entendue ;—2° qu'elle est imprescriptible ;—3° que la clause par laquelle le débiteur s'interdirait de racheter, rendrait le contrat nul ;—4° qu'on réputerait non écrites celles qui tendraient à restreindre ou à gêner l'exercice de cette faculté ;—5° que la clause par laquelle le débiteur s'obligerait, en cas de rachat, à donner quelque chose au delà de ce qu'il aurait reçu pour prix de la constitution de rente, vicierait également le contrat. (Pothier, n. 51, 52 et 53).

Toutefois, moins rigoureux que nos anciennes lois, qui n'admettaient la constitution de rente, que sous la réserve pour le débiteur de la faculté indéfinie de racheter, le Code permet de ffxer un délai, avant l'expiration duquel cette faculté ne pourra être exercée : ce délai, qui, pour les rentes dont il est question dans l'art. 530, peut aller jusqu'à trente ans, est limité à dix années dans le cas prévu par l'art. 1911 : si les parties avaient fixé un terme plus long, ou si la convention portait que la rente ne pourra être rachetée dans aucun temps, on ne considérerait pas cette clause comme non écrite, assurément ; mais la liberté du débiteur ne serait enchaînée que pour dix années (arg. des art. 530 et 1660).

Les parties n'ont pu valablement stipuler, dans les contrats de constitution de rentes passés depuis la loi de 1807, un taux supérieur à 5 pour 0/0 ; même sous prétexte que la dette, con-

vertie en capital de rente, a eu pour cause des marchandises fournies ou des opérations de commerce : la dette, de commerciale qu'elle aurait été, serait devenue civile : la constitution de rente n'est pas un acte de commerce.

Le taux de la rente n'est limité que dans l'intérêt du constituant; la loi n'entend point protéger l'acquéreur : libre à lui de payer par ex., 25 fr. pour avoir un f. de rente ; c'est ce qui arrive fréquemment dans la pratique.

Bien que l'art. 1911 ne consacre point pour le créancier, comme le fait l'art. 530, la faculté de régler les clauses et conditions du rachat, il lui accorde la faculté d'imposer au débiteur l'obligation de l'avertir un certain temps d'avance, et implicitement, celle de stipuler que le remboursement n'aura lieu que dix ans après l'avertissement : il y a même raison de décider (Troplong, n. 437).

Toute personne tenue de la rente soit personnellement, même comme caution ; soit hypothécairement, peut en effectuer le rachat.—Cette faculté appartient même au créancier hypothécaire du débiteur de la rente, postérieur en hypothèque au créancier de la dite rente ; car il a intérêt au rachat, bien qu'il ne soit tenu ni personnellement, ni réellement.—Dans ces divers cas, la personne intéressée qui opère le rachat est légalement subrogée aux droits du rentier (1251).—Quant à celles qui n'ont point d'intérêt juridique au rachat, elles peuvent assurément rembourser le capital de la rente : mais ce paiement n'a point pour effet légal de les mettre, contre le débiteur, au lieu et place du rentier désintéressé (1236).

Le paiement doit être fait au créancier, à son fondé de pouvoir, ou entre les mains d'une personne autorisée par justice ou par la loi à recevoir pour lui.

Le débiteur de la rente peut-il contraindre le créancier à recevoir un remboursement partiel ? l'art. 1244 lui refuse cette faculté, l'obligation fût-elle divisible.

Quelle est sous ce rapport, la position des héritiers, soit du rentier, soit du débiteur de la rente ? La question ne peut s'élever à l'égard des héritiers du créancier, puisqu'ils n'ont

succédé que pour partie : en effet quel intérêt chacun d'eux a-t-il à exiger que le débiteur se libère vis-à-vis de ses cohéritiers ?—Nous exceptons, bien entendu, le cas où le droit aurait été attribué à un seul par l'effet du partage. Celui auquel ce lot serait échu, se trouverait alors dans la même position que son auteur (883).

En ce qui touche les héritieurs du débiteur, les opinions sont divisées : il s'agit en réalité, disent quelques personnes, d'une dette mobilière : le législateur considère la constitution de rente comme telle, puisqu'il a compris cette matière dans le chapitre du prêt à intérêt ; or, les créanciers n'ont d'action personnelle contre chaque héritier, qu'en proportion de la part qu'il est appelée à recueillir dans la succession ; donc la libération peut être partielle.—Nous pensons néanmoins, qu'il faut admettre, même sous l'empire des lois nouvelles, la théorie contraire enseignée par Pothier. Gardons-nous, en effet, de confondre le droit de rente, considéré en lui-même, et la faculté de racheter : Le droit est divisible ; chacun des héritiers du créancier ne l'acquiert que pour sa part héréditaire ; chacun des héritiers du débiteur n'est obligé que dans la même proportion. " Mais, dit Pothier, (n. 120 et 190), quoique chaque héritier du débiteur de la rente, ne soit tenu personnellement que pour sa part héréditaire, il n'en faut pas conclure qu'il doive être admis à la racheter pour cette part : l'effet de la division de la rente, entre les héritiers du débiteur, n'est pas de faire d'une seule rente plusieurs rentes ; c'est plutôt de faire qu'une rente qui était indivise en la personne du débiteur, devienne divisée en celles de ses héritiers qui n'en sont débiteurs chacun que pour leur part hériditaire : mais la faculté de racheter cette rente sous laquelle elle a été contractée ne se divise pas entre eux, cette faculté étant indivisible...... L'obligation de payer la rente se divise sans doute ; mais la rente ne peut souffrir de division dans sa nature, ni dans ses qualités."—Ajoutons, que le remboursement du sort principal n'est en réalité que la résolution du contrat de constitution et qu'on ne résout pas un con-

trat pour partie: n'ailleurs comment pourrait-on remettre partiellement l'acheteur dans l'état où il se trouvait avant le contrat? Les art. 872, 1667 et 1670, nous démontrent au surplus que le législateur a été pénétré de cette pensée.

Vainement objecterait-on, que la constitution de rente étant aujourd'hui un prêt plutôt qu'une rente, il y a lieu d'appliquer les règles établies sur le remboursement des sommes prêtées: l'emprunteur contracte l'engagement de rendre; tandis que le débiteur d'une rente n'est point tenu, en principe, de rembourser le capital versé entre ses mains.—Pour que les règles établies sur la divisibilité ou l'indivisibilité fussent applicables, il faudrait nécessairement qu'une obligation existât; or, cette obligation n'existe pas en matière de constitution de rente, puisque le rachat n'est que facultatif pour le débiteur.

La théorie que nous venons d'exposer, doit être modifiée dans les divers cas prévus par les art. 1912 et 1913; car le principal devient alors exigible (*voy.* ces articles).

Le rachat d'une rente constituée peut se faire:

1° Par le *remboursemment* du capital.

Le capital à rembourser, est celui qui a été donné pour la constitution de rente: la convention qui obligerait le débiteur à restituer une somme plus forte, serait considérée comme usuraire.

Lorsque le capital n'est pas énoncé, on le détermine, en prenant pour base le taux établi par les lois qui existaient à l'époque où la rente a été constituée.—Dans le doute, la règle *semper in obscuris quodminimum est sequemur*, reçoit son application: le rachat doit avoir lieu sur le pied du denier vingt.

2° Par la *consignation*, lorsque le créancier a refusé de recevoir les offres: *obsignatio pro solutione est* (1257 et suiv.).

3° Par la *compensation*, lorsque le débiteur de la rente est devenu lui-même créancier d'une somme exigible: toutefois, la compensation ne s'opère pas de plein droit (1293); elle est seulement facultative: le débiteur de la rente peut bien l'opposer; mais le créancier n'a pas ce droit; autrement, il exi-

gerait indirectement le remboursement du capital, faculté qui lui est interdite.—Il est bien entendu, que la compensation ne peut être partielle puisque le rachat ne peut avoir lieu pour partie.

Si c'était une rente, que le créancier fût tenu de servir, on ne pourrait le contraindre à souffrir la compensation du capital; car aucune des créances ne serait exigible.

Quant aux arrérages, ils se composent de plein droit avec toute espèce de dette exigible, dès qu'ils sont échus.

Par exception, si le débiteur se trouvait dans un des cas exceptionnels prévus par l'art. 1912, où il peut être contraint au rachat, nul doute que le créancier serait en droit de lui opposer la compensation.

Les rentes constituées peuvent en outre s'éteindre, par la *remise*, par la *novation*, par la *confusion* et par la *prescription* (2262).—La prescription court du jour où la rente a été constituée.

—Le chapitre qui nous occupe, est exclusivement relatif aux rentes constituées moyennant un capital aliéné: l'art. 530 s'occupe de ceux qui ont pour cause le prix de la vente d'un immeuble; quelles règles faut-il suivre à l'égard de celles qui sont la condition d'une transaction ou l'effet d'une libéralité? ces rentes sont-elles rachetables? peut-on leur appliquer le principe de l'art. 1911 sur les conditions du rachat?—Les obligation perpétuelles sont considérées comme contraires aux principes de la liberté proclamés par la révolution : la faculté de rachat est le droit commun; il est dans l'esprit de la loi, de procurer aux débiteurs tous moyens de libération, quelle que soit l'origine de la rente et la chose dont elle est le prix. La somme à rembourser doit être fixée sur le pied du denier 20 (Duvergier, n. 362 et 363).

1790. Le principal de la rente constituée en perpétuel peut être réclamé:

1. Si le débiteur ne fournit et ne continue les

1790. The capital of a rent constituted in perpetuity may be demanded:

1. When the debtor of it fails to furnish and

sûretés auxquelles il s'est obligé par le contrat ;

2. Si le débiteur devient insolvable ou en faillite.

3. Dans les cas spécifiés aux articles 390, 391 et 392.

maintain the security to which he is obliged by the contract ;

2. When the debtor becomes bankrupt or insolvent ;

3. In the cases provided in articles 390, 391 and 392.

---

* *C. N.* 1912, 1913. } 1912. Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat.

1° S'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années ;

2° S'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat.

1913. Le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible en cas de de faillite ou de déconfiture du débiteur.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Constitut. de Rente*, *n°* 48-49, 66-67, 71-2-3. } 48. Et même, dans les rentes constituées à purs deniers, le débiteur peut quelquefois être obligé au remboursement ; savoir, lorsqu'il manque d'accomplir quelque condition du contrat, sons laquelle le créancier ne lui aurait pas donné son argent pour acquérir la rente ; *putà*, lorsqu'il a promis de faire un emploi des deniers qui lui ont été donnés pour le prix de la constitution, et qu'il ne l'a pas fait ; ou lorsqu'il a hypothéqué à la rente un héritage qu'il a assuré être franc de toute autre hypothèque, et que la déclaration qu'il a faite se trouve fausse.

Dans ces cas, l'action qu'a le créancier pour se faire rembourser du sort principal, n'empêche pas les arrérages de courir jusqu'au remboursement.

Dans ces cas, c'est la faute du vendeur et débiteur de la rente qui manque à sa promesse, ou qui a fait une fausse déclaration qui donne lieu à la répétition du principal; mais, dans quelque autre cas que ce soit, où il n'y aurait pas, de faute de la part du débitéur, on ne peut valablement convenir "qu'il pourra être contraint au remboursement du principal." C'est pourquoi Dumoulin, *quæst.* 8, décide qu'on qu'on ne peut valablement convenir "qu'en cas de perte des hypothèques de la rente, *putà*, par incendie, le débiteur pourra être contraint au rachat de la rente."

49. Lorsque quelqu'un des héritages hypothéqués à une rente est vendu par décret, ou lorsque des provisions d'un office hypothéqué sont expédiées au profit du résignataire du débiteur, le créancier de cette rente, qui a fait opposition au décret de l'héritage, ou au sceau de l'office, peut exiger son principal et ses arrérages sur le prix dudit héritage ou dudit office.

La raison est qu'il est de la nature de l'hypothèque et du décret qui en est l'exécution, que le prix de la chose adjugée par décret soit employé à payer les dettes auxquelles elle était hypothéquée; et le sceau des offices à le même effet que le décret.

66. Dans le second cas, lorsque je vous ai délivré, dès l'instant du contrat, les deniers qui font le prix de la constitution en vous chargeant seulement d'en faire l'emploi convenu entre nous, la rente commence à courir dès l'instant du contrat; car la condition que je vous ai imposée "de faire un certain emploi de ces derniers," n'est pas une condition suspensive, qui arrête jusqu'à son accomplissement la translation de la propriété de ces deniers; ce n'est qu'une condition résolutoire, qui n'a d'autre effet que de me donner le droit de répéter de vous la somme que je vous ai payée sous cette condition, dans le cas auquel vous manqueriez de l'accomplir.

Il suit de ce principe, que, si les deniers que le constituant a reçus pour le prix de la constitution, lui étaient ravis par

quelque force majeure, avant qu'il eût pu en faire l'emploi convenu; comme si, en sortant de les recevoir, il avait été attaqué en chemin par des voleurs qui les lui eussent ravis; cette perte tomberait sur le constituant, et il ne serait pas libéré de la rente qu'il a constituée.

67. Tout l'effet de la clause par laquelle " les deniers sont comptés au constituant, à la charge d'en faire un certain emploi," est que le créancier de la rente peut, en conséquence de cette clause, assigner le constituant, et le faire condamner à rapporter l'acte d'emploi dans un temps court qui lui sera limité par le juge, *putà*, dans les trois jours, dans la huitaine, etc., sinon à rendre l'argent qu'il a reçu. Le créancier a pour cet effet l'action qu'on appelle en droit *condictio causâ datâ, causâ non secutâ.*

Nonobstant la demande en restitution du prix payé pour le principal de la rente, faute par le débiteur d'avoir satisfait à la condition de l'emploi, la rente ne laisse pas de courir; car la constitution de rente ayant été contractée par la tradition des deniers qui a été faite au constituant, la résolution de cette constitution ne peut s'effectuer que par la restitution qu'en doit faire le constituant, et par conséquent les arrérages de la rente doivent toujours courir jusqu'à la restitution de cette somme.

71. Suivant ces mêmes principes, on doit décider qu'on peut bien stipuler valablement par un contrat de constitution, " que le débiteur donnera caution dans un certain temps, *putà*, dans la huitaine ou dans le mois, à peine de restitution du principal, faute de la donner"; mais on ne peut pas valablement convenir " que si, la rente n'est pas rachetée au bout d'un certain temps, le débiteur sera tenu de donner caution."

La raison de la première partie est, que celui qui a donné les deniers, ne les ayant donnés que sous la condition que le constituant donnerait caution, et n'ayant consenti à la constitution de rente et à l'aliénation de ses deniers que sous cette condition, le constituant n'a pas été en droit de dispo-

ser des deniers, s'il n'avait pas une caution qu'il pût donner au créancier. C'est pourquoi, faute de la donner, il est contraignable à la restitution des deniers qu'il a reçus ; arrêt du 20 avril 1638, rapporté par Brodeau, lettre S, ch. 18.

Mais lorsqu'une fois le contrat de constitution a été consommé, et que le constituant a, du gré du créancier, disposé des deniers qu'il a reçus, le créancier ne peut plus l'obliger à la restitution de ces deniers, ni directement, ni même indirectement, en exigeant de lui quelque chose qui ne soit pas entièrement en son pouvoir.

Observez que l'arrêt de 1638, ci-dessus cité, avait condamné par corps le constituant à la restitution de la somme, faute d'avoir donné la caution qu'il avait promis de donner ; ce qui ne doit pas être toujours suivi pour la contrainte par corps. Cette condamnation ne doit être prononcée, surtout depuis l'ordonnance de 1667, hors le cas particulier exprimé par cette ordonnance, que lorsqu'il y a *stellionat*, c'est à dire un dessein manifeste de tromper. On ne doit pas le supposer dans le constituant, qui peut n'avoir pas eu dessein de tromper, mais avoir été trompé lui-même par la fausse confiance qu'il a eue que la personne qu'il se proposait de donner pour caution, voudrait bien lui rendre cet office.

72. Assez souvent dans les contrats de constitution, le constituant déclare " que ses biens, sur lesquels il accorde une hypothèque au créancier, ne sont sujets à aucune autre hypothèque." L'effet de cette clause est, que si, par la suite, le créancier découvre quelque hypothèque à laquelle étaient sujets, dès le temps du contrat de constitution, les biens du constituant, laquelle hypothèque le constituant n'ait pu ignorer, *putà*, parce qu'elle procédait de son fait pour quelque dette qu'il avait lui-même précédemment contractée ; le constituant est censé avoir commis un stellionat envers le créancier ; stellionat qui donne au créancier une action contre lui, pour le faire condamner, et par corps, à rapporter la décharge de cette hypothèque, sinon à racheter la

rente; arrêt du 27 mars 1600, rapporté par Louet, lettre S, chap. 18.

Il en serait autrement s'il était justifié que le créancier, dès le temps du contrat, avait connaissance de l'hypothèque à laquelle les biens du constituant se trouvent sujets: le créancier, en ce cas, ne pourrait pas prétendre que le constituant l'a trompé; *nemo enim sciens fallitur*; et il ne serait pas, par conséquent, recevable à exiger le rachat de la rente. En vain le créancier dirait-il que le constituant, en faisant la fausse déclaration, a eu dessein de le tromper; car le seul dessein que quelqu'un a eu de me tromper, ne me donne pas action contre lui, si je n'ai pas été effectivement trompé: *Oportet ut concurrant consilium fraudis et eventus.* D'ailleurs, lorsque le créancier qui a connaissance des hypothèques dont les biens du constituant sont chargés, souffre qu'on les déclare *francs d'hypothèque*, la fraude peut être de sa part autant que de celle du débiteur, et il peut être suspect d'avoir fait insérer cette clause, pour se procurer une voie d'exiger le rachat de la rente.

73. Lorsque le constituant, qui a fait sa déclaration "que ses biens n'étaient sujets à aucune hypothèque," était un homme marié, le créancier n'a pu ignorer qu'ils étaient hypothéqués aux reprises et conventions de sa femme. C'est pourquoi le créancier ne peut pas, sous le prétexte des hypothèques de la femme du constituant, s'il ne s'en trouve pas d'autres, exiger le rachat.

Il en est de même si le constituant qui a fait cette déclaration, avait des enfants mineurs dont il fût le tuteur, ou avait quelque autre tutelle qui n'eût pu vraisemblablement être ignorée par le créancier, et qui durât encore lors du contrat de constitution; ou s'il avait, lors du contrat de constitution, quelque office comptable: le créancier n'ayant pu, dans tous ces cas, ignorer que les biens du constituant étaient hypothéqués aux obligations résultant de sa tutelle ou de son office, il ne peut, sous le prétexte desdites hypo-

thèques, s'il ne s'en trouve pas d'autres, exiger le rachat de sa rente.

Voy. autorités sur art. 1787.

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Int. au tit. Des prescrip.*, *Cout. d'Orléans.* } 33. Il faut, 1° en excepter certains droits qui sont imprescriptibles ; tels sont ce qui est de pure faculté, lorsque cette faculté procède de la liberté naturelle, telle qu'est la faculté que chacun a d'élever sa maison, qui n'est sujette à aucune servitude, à telle hauteur que bon lui semblera ; ou lorsqu'elle procède de quelque disposition du droit public ; telles que sont celles que chacun a en Beauce, suivant l'art. 145, de mener paître ses troupeaux sur les terres vaines de ses voisins, et celles accordées par les art. 270 et 271. — La faculté qui procède d'un contrat, lorsqu'elle est de l'essence de ce contrat, est pareillement imprescriptible. Telle est la faculté qu'a le débiteur de racheter la rente qu'il a constituée à prix d'argent (art. 268), et celle qu'il a de dégager la chose qu'il a engagée, en payant la somme pour laquelle il l'a engagée. — Mais la faculté qui ne nous appartient qu'en vertu d'une clause accidentelle du contrat, et qui ne nous appartiendrait pas sans un titre particulier par lequel elle nous est accordée, est un droit sujet à la prescription ordinaire ; (art. 269).

1791. Les règles concernant la prescription des arrérages des rentes constituées sont contenues dans le titre des prescriptions.

1791. The rules concerning the prescription of arrears of constituted rents are contained in the title *Of Prescription.*

1792. Le créancier d'une rente assurée par privilége et hypothèque de vendeur, a droit de demander que la vente par décret de l'immeuble affecté à tel privilége et hypothèque, soit faite à la charge de la rente ainsi constituée.

1792. The creditor of a constituted rent secured by the privilege and hypothec of a vendor has a right to demand that the sale under execution of property upon which such privilege and hypothec exists shall be made subject to the rent.

---

* *Stats. R. B. C.*, *ch.* 50, *sec.* 7. } 7. Afin de mieux assurer la prestation des rentes constituées et des rentes viagères dans le Bas Canada : Les créanciers de rentes constituées et de rentes viagères portant privilége et hypothèque de bailleur de fonds, pourront se pourvoir par opposition afin de charge pour la conservation de leurs droits relativement aux dites rentes. 19, 20 V. 59.

1793. Les règles relatives aux rentes viagères sont contenues dans le titre : *Des Rentes Viagères.*

1793. The rules concerning life-rents are declared under the title *Of Life-Rents.*

TITRE DIXIÈME. | TITLE TENTH.

DU DÉPÔT. | OF DEPOSIT.

Rapport de MM. les Commissaires. Le contrat qui fait l'objet de ce titre, de même que celui du titre précédent, est fondé sur des maxines empruntées au droit romain. L'ancien droit français, tel qu'exposé par Pothier, en son traité *Du Dépôt* et *Du Séquestre*, reproduisant les lois romaines sans s'en écarter, ou avec quelques légères différences seulement, nous offre un corps de règles clair et complet; ces règles ont pour la plupart été adoptées dans le code moderne, et ce code a servi de guide quant à l'arrangement du titre soumis et a été suivi dans un grand nombre de ses articles. On a fait quelques changements qui seront signalés en leur lieu; on a aussi omis, comme inutiles, plusieurs articles, savoir: 1929, 1937, 1939, 1940, 1941, comme contenant des définitions dont on peut se dispenser, ou des règles qu'on trouve déjà d'une manière générale dans le titre *Des Obligations*. La rubrique de ce titre, dans le Code Napoléon, est: *Du Dépôt et du Séquestre;* en adoptant comme rubrique du présent titre seulement les mots *Du Dépôt*, on a suivi l'exemple de Pothier; le terme *dépôt* est un terme générique qui comprend le séquestre.

Le titre est divisé en deux chapitres: le premier traite du simple dépôt et le second du séquestre.

CHAPITRE I.

DU DÉPOT SIMPLE.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Ce chapitre est subdivisé en cinq sections: I. Dispositions Générales; II. Du Dépôt volontaire; III. Des Obligations du dépositaire; IV. Des obligations de celui qui fait le dépôt; V. Du Dépôt nécessaire.

Les articles de cette section, numérotés 1795, 1796, 1797 et 1798 reproduisent les articles 1917, 1918, 1919, 1920 C. N. L'article 1796 qui déclare qu'il n'y a que les biens meubles qui puissent être l'objet du dépôt, est le seul qui demande

quelques observations. Il y avait sous l'ancien droit français conflt d'opinion sur ce sujet, mais l'autorité de Pothier et de Domat, supportée par les raisonnements de Troplong, à l'endroit cité justifient l'article tel que rédigé; le dépôt d'un immeuble ne pouvait être un simple dépôt, mais un séquestre.

SECTION II.

DU DÉPOT VOLONTAIRE.

Les articles 1799, 1800 et 1801, déclarant l'ancien comme le nouveau droit, correspondant aux articles 1921, 1925, 1926, C. N. On n'a soumis aucun article pour correspondre aux articles 1922, 1923, 1924 du code; le premier de ces articles contient une règle qui dans sa forme absolue n'est pas notre loi, et si elle est restreinte, elle tombe sous les principes généraux qui régissent les contrats qui obligent à délivrance; les deux autres articles contiennent des règles spéciales et particulières sur la preuve.

SECTION III.

OBLIGATIONS DU DÉPOSITAIRE.

L'ancienne loi obligeait le dépositaire aux mêmes soins qu'il apporte à la garde des choses qui lui appartiennent et était conforme au Code Napoléon. On a adopté un amendement pour substituer la règle générale adoptée au titre *Des Obligations* comme devant s'appliquer dans tous les cas en astreignant les parties seulement aux soins d'un père de famille, au lieu des règles diverses et incertaines de l'ancien droit.

Un article proposé correspondant au 1931, C. N., a été omis. Il déclarait que le dépositaire ne peut ouvrir une boîte close ou un paquet scellé qui lui est confié. On trouve bien dans ce sens un passage de Pothier, où il parle de la fidélité que le dépositaire doit garder envers celui qui fait le dépôt; mais il n'a pas paru convenable aux commissaires d'en faire une règle de droit rigoureuse. D'après l'obligation générale imposée au dépositaire, il serait passible de dommages-intérêts si l'abus de confiance portait un préjudice appréciable en argent. Troplong cependant approuve la disposition du Code.

L'article 1804 réunit les dispositions des articles 1932 et

1934, C. N., en omettant l'exemple de la règle contenue dans le premier.

Les articles 1805, 1906 et 1807, déclarent des règles bien reconnues dans l'ancien comme dans le nouveau droit français; ils répondent aux articles 1933, 1935 et 1936, C. N.

L'article 1808, reproduit seulement le premier paragraphe de l'article 1938, C. N, ; le second paragraphe de cet article qui impose au dépositaire, lorsqu'il sait que la chose déposée a été volée, l'obligation d'en informer le propriétaire n'a pas été adoptée. Il est bien vrai que cette règle est tirée du droit romain et est soutenue par Pothier, mais on ne voit aucune raison particulière de choisir, entre toutes les personnes qui peuvent avoir en mains des biens sujets à restitutions, le dépositaire pour lui imposer une règle spéciale qui est tout à fait en dehors des obligations du contrat de dépôt. Cette règle devrait être générale pour toutes les personnes chargées de remettre des biens, ou être rejetée entièrement. Les Commissaires ont en conséquence jugé à propos de ne pas insérer de dispositions à cet égard dans l'article soumis.

L'article 1809, comprend les articles 1942 et 1943, C. N. La dernière partie de cet article exprime la loi qui nous régit. La rédaction de l'article 1943 a suscité cependant parmi les écrivains français une discussion, savoir si elle a en vue le lieu du contrat ou bien le lieu où se trouve la chose lorsqu'elle doit être rendue ; cette dernière interprétation est celle suivie dans notre jurisprudence et l'article le déclare ainsi. Les règles contenues dans l'article sont particulières au dépôt et diffèrent en deux points de la règle générale relative au lieu du paiement ; d'abord en obligeant le créancier à payer les frais de délivrance, et deuxièmement en ce que la délivrance doit se faire au lieu où se trouve la chose au temps où elle doit être délivrée, et non au lieu où elle était lors du contrat.

SECTION IV.

OBLIGATIONS DE CELUI QUI FAIT LE DÉPOT.

Les articles 1810 et 1811. n'exigent pas d'observations, non plus que le 1812 qui comprend les articles 1947 et 1948, C. N.

SECTION V.

DU DÉPOT NÉCESSAIRE.

L'article 1813, en substance définit le dépôt nécessaire de la même manière que le C. N., articles 1949, 1950. Le mode de preuve en constitue la principale différence avec le dépôt volontaire. Sous l'ancien comme sous le nouveau droit français, cette preuve peut être verbale ; c'est aussi ce qui est déclaré, quant à l'ancien droit, dans notre titre *Des Obligations*, et quant au nouveau droit, en l'article 1950, C. N. Dans le droit romain, le dépositaire infidèle pouvait être condamné à payer le double de la valeur de la chose déposée entre ses mains ; mais cette règle ne paraît pas avoir prévalu en France.

L'article 1814 énonce une règle reconnue de notre droit, et ne diffère du Code Napoléon, *art.* 1952, qu'en autant qu'il comprend les maîtres de pension ; il ne peut y avoir de doute que cette classe était dans l'intention de ce dernier article quoiqu'elle n'y soit pas expressément mentionnée. Pothier limite la règle en exigeant que les effets soient spécialement mis sous les soins de l'hôtelier. Sous ce rapport, il n'est pas soutenu par Danty et les arrêts qu'il rapporte, et Troplong le combat. Avec les habitudes actuelles, la restriction de Pothier neutraliserait la règle dans la plupart des cas, et les Commissaires, dans ce cas-ci, ont cédé aux arguments des adversaires de Pothier.

L'article 1815 reproduit les articles 1953 et 1954, C. N., on y a ajouté la dernière clause qui soustrait le propriétaire à la responsabilité, s'il prouve que la perte est due au fait d'un étranger et à la négligence de l'hôte. On peut trouver des exemples dans les cas fréquents où une personne laissant sa porte de chambre ouverte, un étranger profite de l'occasion pour entrer dans l'appartement et enlever des effets ; l'hôtelier en établissant ces faits, serait déchargé de toute responsabilité ; il en serait autrement, si le voleur était un domestique ou un habitué de la maison, car en ce cas l'hôtelier répond de leur probité.

L'article 1816 restreint la responsabilité établie par l'arti-

cle précédent de manière à ne pas l'étendre aux choses d'une valeur considérable et inattendue, appliquant à ces cas la règle établie en faveur des entrepreneurs de transport. Les raisons sont les mêmes dans un cas comme dans l'autre et les autorités s'y appliquent également. On trouve la discussion de ce sujet dans Toullier et les autres auteurs cités au titre *Du Louage.* Troplong en traite aussi, mais d'une manière opposée à celle de Toullier et à l'article soumis.

CHAPITRE II.

DU SÉQUESTRE.

Le deuxième chapitre, après un article préliminaire (1817) qui divise le séquestre en volontaire et judiciaire, se subdivise en deux sections dont l'une traite du séquestre conventionnel et l'autre du séquestre judiciaire.

SECTION. I

SÉQUESTRE CONVENTIONNEL.

Cette section consiste en cinq articles, 1818, 1819, 1820, 1821 et 1822, qui ne souffre aucune difficulté et n'exigent aucun commentaire spécial.

L'article 1822 n'a aucun correspondant dans le Code Napoléon ; il est pris de Domat et de Pothier aux endroits cités. Les autres articles coïncident avec les articles du Code Napoléon cités sous chacun d'eux.

SECTION II.

SÉQUESTRE JUDICIAIRE.

La matière de cette section pourrait peut être paraître appartenir plus proprement au code de procédure civile ; on a cependant soumis une série d'articles comprenant des règles d'un caractère général, et on renvoie au code de procédure pour les règles plus spéciales. Ces articles sont fondés sur le droit positif, soit sur la pratique ou sur une jurisprudence ayant autorité reconnue, et ils ne demandent pas d'observations. Ils sont numérotés de 1823 à 1829, et les 1823, 1825

et 1827 ont leurs articles correspondant dans le Code Napoléon, 1961, 1962, 1963.

1794. Il y a deux espèces de dépôt, le dépôt simple et le séquestre.	1794. There are two kinds of deposit; simple deposit, and sequestration.

---

* *C. N.* 1916. } Il y a deux espèces de dépôts; le dépôt proprement dit, et le séquestre.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Du Dépôt*, n° 1. } 1. Le *dépôt* est un contrat par lequel l'un des contractants donne une chose à garder à l'autre, qui s'en charge gratuitement, et s'oblige de la rendre lorsqu'il en sera requis.

Celui qui donne la chose à garder, s'appelle le *déposant*; celui qui la reçoit, s'appelle le *dépositaire.*

Le terme de *dépôt* se prend non-seulement pour le contrat de dépôt, il se prend aussi pour les choses qui ont été déposées.

Ulpien nous apprend l'étymologie de ce terme *dépôt* (DEPOSITUM). Il est composé de *positum* et de la préposition *de*, qui est de la nature de celles qui augmentent la force du verbe devant lequel elles sont mises, comme dans ces mots *deamare*, *deprecari*, *derelinquere* et autres. *Depositum*, nous dit-il, *dictum ab eo quod ponitur*, c'est-à-dire, de ce que par le dépôt on met la chose ès mains du dépositaire; et la préposition *de* marque la plénitude de confiance avec laquelle elle y est mise: *Præpositio enim* DE (ajoute t-il) *auget depositum, ut ostendat totum fidei ejus commissum quod ad custodiam rei pertinet;* L. 1, ff. *Depos.*

Il y a deux principales espèces de dépôt; le *dépôt simple* et le *séquestre.*

Le *dépôt simple* est lorsqu'il n'y a qu'un déposant. Lorsque

plusieurs personnes déposent en commun une chose à laquelle elles ont un intérêt commun, elles ne sont censées faire toutes ensemble qu'un déposant, et le dépôt qu'elles font est un dépôt simple.

Le *séquestre* est le dépôt qui est fait par deux déposants qui ont des intérêts différents, à la charge de rendre la chose à qui il sera jugé qu'elle devra être rendue.

Lahaie, sur art. 1915 *C. N.* } *Domat*, Lois civiles, liv. 1, tit. 7.—Il arrive souvent que les maîtres ou possesseurs des choses sont obligés de les laisser en garde à d'autres personnes, soit parce qu'ils se trouvent dans des conjonctures qui les empêchent de les garder eux-mêmes, ou parce qu'elles ne seraient pas en sûreté s'ils les avaient en leur puissance, ou pour d'autres causes ; et dans tous ces cas on y pourvoit, en les mettant entre les mains de personnes qu'on croit fidèles, et qui veulent s'en charger. C'est cette convention qu'on appelle dépôt.

Comme le dépôt se fait le plus souvent en secret et sans coût, et que c'est une convention dont l'usage est fréquent et très nécessaire, et dont la sûreté dépend de la foi de celui qui s'en charge, il n'y a point aussi d'engagement qui demande plus particulièrement de fidélité, que celui du dépositaire.

Sect 1, n. 2.—On peut déposer non seulement ce qu'on a en propre, mais ce qui est à d'autres personnes, soit qu'on l'ait en sa puissance de bonne foi, comme un procureur constitué, ou qu'on le possède de mauvaise foi. Ainsi les voleurs mêmes peuvent déposer ce qu'ils ont volé ou dérobé ; car il est juste qu'il soit conservé pour être rendu au maître.

Pothier, contrat de dépôt, n. 1. —Le dépôt est un contrat par lequel l'un des contractans donne une chose à garder à l'autre, qui s'en charge gratuitement, et s'oblige de la rendre lorsqu'il en sera requis.

[ARTICLE 1794.]

Celui qui donne la chose à garder s'appelle le *déposant*; celui qui la reçoit s'appelle le *dépositaire*.

Le terme de *dépôt* se prend non seulement pour le contrat de dépôt; il se prend aussi pour les choses qui ont été déposées.

Pandectes françaises. — La loi 1re, au Digeste, *depositi*, dit aussi simplement, *depositum est quod custodiendum alicui datum est.* Cependant si on compare cette définition avec celle des interprètes, on remarquera qu'il y manque le mot *gratuitement*, qui caractérise *essentiellement* le dépôt; mais ce caractère se trouve dans l'art. 1917 ci-après.

Delvincourt, t. 2. — Ce contrat est réel, synallagmatique, imparfait, et ordinairement de bienfaisance. La chose doit être corporelle et mobilière.

Not. 2 de la pag. 273.—La garde de la chose est de l'essence du dépôt: il faut qu'elle soit la fin principale du contrat. — Si, ayant un procès, je remets des pièces à mon avoué, c'est un mandat, parce que mon intention est qu'il s'en serve pour ma cause.—Si je donne de l'argent à quelqu'un pour qu'il le porte dans un lieu quelconque, même à la charge de le garder si la personne à qui je l'envoie le refuse, c'est encore un mandat; car la remise de l'argent est la fin principale.—Mais si, partant pour un voyage, j'ai fait porter chez vous mon argenterie, avec permission de vous en servir, c'est un dépôt, parce que la fin principrle est la garde.

Favard, dépôt, *in principio.* — Cet acte constitue l'un des contrats que les lois romaines appelaient *contractus bonæ fidei*; il repose, en effet, entièrement sur la confiance.

Duranton, t. 18, n. 2.—Le dépôt est mieux défini un *acte* qu'un contrat; car le contrat suppose le consentement de deux ou plusieurs personnes, ce qui n'a pas toujours lieu dans ie dépôt, par exemple dans le séquestre.

---

* *Troplong, sur art.* 1915-6 *C. N.* } 1. L'échange et la vente transfèrent la propriété; le louage et le commodat transfèrent l'usage de la chose; le dépôt ne fait qu'en

donner la garde : *Quod custodiendum alicui datum est*, dit Ulpien (1). Le dépôt n'enlève au propriétaire ni la propriété, ni la possession de l'objet déposé (2) ; il décharge seulement le déposant de la garde de sa chose (3), et en commet le soin à la bonne foi du dépositaire (4).

2. On sent toute l'utilité de ce contrat. La sûreté d'une chose peut, par une foule de motifs, se trouver compromise chez celui à qui elle appartient. Tantôt ce sera une absence ou un défaut habituel de vigilance de ce dernier qui l'exposeront à être soustraite ; tantôt ce sera la curiosité des personnes avec lesquelles il vit, qui fera craindre pour le secret dont il faut qu'elle soit environnée. D'autres fois, un incendie ou tout autre désastre obligeront à la transporter chez un voisin pendant le moment du péril. Enfin, si dans un voyage on s'arrête dans une hôtellerie, on est obligé de s'en rapporter à la foi de l'aubergiste pour la garde des objets qu'on transporte avec soi. Dans tous ces cas, et autres qu'il serait infini d'énumérer, le contrat de dépôt montre ses avantages. La confiance en fait la base, la bonne foi en est la sanction ; *totum fidei ejus esse commissum* (5).

(1) L. 1, D., *depositi*.

(2) Florentinus, l. 17, § 1, D., *depositi*.

(3) Favre, sur cette loi, dit très bien : " *Abdicit a se* CUSTODIAM *rei, ut eam in alium, transferat quomodo Azo dicebat.*" (Sur la loi 1, D., *depositi.*)

(4) Ulpien : " *Totum fidei ejus esse commissum quod ad custodium rei pertinet.*" (L. 1, D., *depositi.*)

(5) Ulpien, *loc. cit.*

Add. O. Leclercq, t. VI. p. 412, explique dans le même sens que Troplong l'utilité de ce contrat.

On lit dans Dalloz, *Dépôt*, p. 51 : " Le contrat de dépôt a dû prendre naissance avec la propriété. Il est moins usité parmi nous qu'il ne l'était chez les Romains qui nous en ont légué les principes. Chez ce peuple, toujours en guerre et qui comptait un soldat dans chaque citoyen en état de porter les armes, on dut fréquemment sentir le besoin de confier sa fortune mobilière à la garde d'un ami. On peut attribuer à cette raison politique la sévérité avec laquelle le droit romain sévissait contre le dépositaire infidèle, sévérité qu'on ne retrouve pas dans nos lois."

3. Nous disons que la bonne foi en est la sanction. Il n'y a pas de contrat, en effet, où la bonne foi doive se montrer plus entière et plus scrupuleuse. " *Hœc actio depositi*, disait " Cujas, *summam fidem exigit...* Contractus depositi est *sacer* " *contractus*, ut Juvenalis dixit : *sacrum depositi* (1) ! "

Aussi est-il classé dans le nombre des contrats de bonne foi (2), et les Romains déclaraient infâme celui qui violait ou niait un dépôt (3). Quand Plaute s'égaye à tracer le portrait de l'escave modèle de friponnerie et digne du gibet, il n'oublie pas de mettre au rang de ses faits et gestes la violation du dépôt :

Pro merito nunc tuo memorari multa possunt,
Uti fidentem fraudaveris............................
Uti creditum tibi quod sit, tibi datum esse pernegaris (4)

C'est le contrat sacré que les premiers chrétiens s'engageaint à pratiquer avec l'intégrité de cœurs dévoués à une morale austère et sublime. Pline le jeune leur en a rendu un témoignage éclatant (5).

Donc, toute clause qui tendrait à en bannir la bonne foi et à y ouvrir une issue pour le dol serait sévèrement répudiée (6).

4. Le dépôt est un contrat du droit des gens (7) ; il se pratique chez tous les peuples et même entre sujets de nations diverses ; le commerce de terre et de mer s'en sert fréquemment et y trouve de grandes commodités dans ses lointaines excursions. Les Romains nous en ont donné les règles avec

(1) *Quœst. papinian.*, lib, IX, sur la l. 24, *depositi.*

(2) Ulp., l. 1; § 23, *depositi ;* Voet, *Depositi*, n° 1, NOODT, *Depositi.*

(3) Cujas, *Quœst. papin.*, sur la loi 24, D., *depositi.* Il remarque qu'il n'en était pas de même de celui qui manquait de foi dans le commodat.

(4) *Asinaria*, act. III, sc. II.

(5) Lib. X, epist. 97 : " *Seque sacramento non in scelus aliquoa obstringere ; sed ne furta, ne latrocinium, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent,* NE DEPOSITUM APPELLATI ABNEGARENT."

(6) Ulp., l. 1, § 7, D., *depositi. Ingrà*, n° 65, et art. 1945.

(7) Saumaise, *De trapezit. fœnore*, p, 401.

une science et une précision qui attestent l'expérience pratique que leurs jurisconsultes ont été à même d'en acquérir; on sait qu'ils étaient dans l'usage de déposer des objets dans les temples (1), dans les greniers publics (2), chez les banquiers (3) ou chez des particuliers. Les lois du peuple juif (4) s'occupaient aussi du dépôt et punissaient l'homme qui refusait à son prochain ce qui avait été commis à sa bonne foi. En un mot, chez quelque peuple qu'un homme se trouve porté par ses affaires, si ce peuple n'est pas étranger aux premières notions de la justice et de la bonne foi, il y trouvera le respect pour le dépôt écrit dans les lois ou gravé dans les consciences.

5. Le dépôt est un contrat réel (5). Comment le dépositaire pourrait-il être soumis à l'obligation essentielle du contrat, qui est de garder la chose, s'il n'en avait la détention? " *Cum ne custodiri quidem possit*, dit Noodt, *nisi tradita*.." Ainsi, si vous vous obligez envers moi à garder une chose, sans que je vous l'aie livrée, votre obligation ne commencera que par la tradition. Il n'y a auparavant qu'une simple promesse (6). En cela le dépôt a du rapport avec le prêt, le gage et autres contrats qui sont pareillement parfaits par la chose.

6. Si l'on veut prendre le dépôt au point de vue le plus général, son caractère essentiel se réduit à des termes très simples que l'art. 1915 a résumés. Conservation de la propriété et de la possession de la chose par le déposant transmission effectuée de la nue détention au dépositaire; obligation pour ce dernier de garder la chose; obligation de la rendre identiquement. C'est en se posant à ce point de vue que Cujas s'est borné à dire : " *Est conventio qua id agitur*

(1) Rœvardus, lib. I Varior., c. XV.

(2) L. 9, C., *de pignor. act.*

(3) L. 7, § dernier, et l. 8, D., *depositi;* l. 24 § 2, D., *de reb. auctorit iudic, possid.*

(4) Levit., VI, 2, 3.

(5) Inst., § 3, *quib. modis re perficitur.* Art. 1919.

(6) Doneau sur le code, *Depositi*, préambule, n° 4.

" *ut rem meam custodias et mihi possideas, non tibi, eamque* " *mihi reposcenti restituas* (1)."

De là découle une observation qui n'a pas échappé à l'article 1915; c'est que le dépositaire ne peut recevoir à titre de dépôt que la chose d'autrui; s'il recevait sa propre chose, le contrat serait nul de plein droit (2).

Du reste, l'art. 1915 n'ajoute pas que le dépôt est gratuit (3). Nous verrons qu'il y a des cas où il peut ne pas l'être (article 1957) (4). L'article 1915 ne dit pas non plus qu'il ne peut avoir pour objet que des choses mobilières; car il y a une sorte de dépôt qui peut porter sur des immeubles (article 1959).

(1) Sur la loi 24, D., *depositi* (*Quœst. papinian.*). Il cite la loi 2, D., *de reb. credit.*

Add. Op. conf. de Duranton, n° 11, où il dit : " Le dépositaire ne *possède* pas civilement, ainsi qu'un créancier possède le gage qui lui a été remis.

Championnière et Rigaud disent, n° 2197 : " Le dépôt consiste également dans une obligation de faire; c'est un acte par lequel on *reçoit* la chose d'autrui à la charge de la *garder* et de la *restituer* en nature (art. 1915 du code civil). Ce contrat n'est point translatif : *rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et possessio.* L. 17, ff. *de poss.*

" L'acte de dépôt peut contenir une donation, lorsque le dépositaire reçoit pour un autre que le déposant; le premier n'est là que le mandataire du tiers pour lequel il reçoit. Nous avons expliqué comment le dépôt peut rendre exigible les droits d'obligation et de quittance; les mêmes considérations feront comprendre dans quels cas le droit de donation doit être perçu."

" En général, dit Duvergier, n° 412, le titre de possesseur ne peut être accordé au détenteur qui n'entend user de son pouvoir sur une chose qu'au nom d'autrui, qui reconnaît un autre individu pour propriétaire; à celui qui n'a point l'*animus domini*, qui ne traite pas la chose comme *sienne*. Or, telle est la position du dépositaire. Blondeau, *Chrest.*, page 218; Savigny, *Poss.*, § 20."

(2) L. 15, D., *depositi* (Julianus).

(3) Add. Voy. ci-après, n° 11, et sous l'art. 1928.

(4) Voy. aussi *infrà*, n° 80.

[ARTICLE 1794.]

7. Le dépôt n'engendre des obligations principales et directes que d'un seul côté, du côté du dépositaire. Quant au déposant, il ne contracte que des obligations secondaires, indirectes, et nées d'un fait postérieur au contrat. Voilà pourquoi les Romains appelaient l'action du déposant contre le dépositaire, *actio depositi directa*, et celle du dépositaire contre le déposant, *actio contraria*. Voilà pourquoi encore Pothier mettait le dépôt dans la classe des contrats synallagmatiques imparfaits (1). Il n'y a pas dans le dépôt, comme dans la vente et le louage, deux conventions principales et réciproques : livrer la chose, payer le prix. Il n'y en a qu'une : garder la chose et la rendre fidèlement. Si le déposant est obligé de son côté à indemniser le dépositaire de ses dépenses et de ses pertes, cette obligation n'a rien de spécifique comme celle du dépositaire ; elle ne résulte que de faits éventuels et postérieurs au dépôt ; et l'on peut même ajouter qu'il n'y a pas besoin de conventions pour l'imposer ; les principes de l'équité naturelle la rendent commune à tous ceux dans l'intérêt desquels un tiers fait quelque chose. Il faut se reporter ici à quelques-unes des idées que nous avons exposées dans notre contrat de *prêt*, nos 7, 142, 257. Les conséquences qu'on en peut tirer se trouveront plus bas, nos 49, 50.

(1) N° 21, Doneau dit cependant qu'il produit des prestations mutuelles. Sur le code, rubriq. 7 et 8.

Add. Op. conf. de Duranton, ns 21, où il dit : " Le contrat de dépôt, comme ceux de commodat et de mandat, est du nombre des contrats que Pothier appelait *synallagmatiques imparfaits*, pour dire que les deux parties peuvent bien se trouver obligées l'une envers l'autre, mais que les obligations de l'une et de l'autre ne résultent pas nécessairement et immédiatement du contrat; que celles de l'une d'elles ne résultent que d'un fait postérieur au contrat. Favard, *Dépôt*, § 1, n° 1."

Demante dit dans le même sens, n° 660 : " Ce contrat, du reste, quoiqu'il produise des obligations de part et d'autre, ne peut, pas plus que le prêt, être rangé dans la classe des contrats synallagmatiques proprement dits."

8. Ulpien (1) a donné l'étymologie du mot dépôt; les jurisconsultes romains ont toujours beaucoup affectionné la recherche des origines. Il le fait venir de *ponere*, qui, précédé de la particule augmentative *de*, acquiert plus d'énergie et rappelle à celui qui détient que le déposant s'est entièrement abandonné à sa bonne foi. *De* a le même sens que *valde*. C'est ainsi que, dans Festus, nous voyons *dedita*, *valde data*, *decultarunt*, *valde occultarunt*.

Et comme il n'y a pas de dépôt sans appel à la bonne foi du dépositaire, les Romains se servaient quelquefois du mot *commendare* comme synonyme de déposer (2). Néanmoins, *commendare* a, dans le sens propre, plus d'étendue que *deponere*. Quiconque dépose fait une recommandation; mais une recommandation n'est pas toujours déposer (3).

9. Il y a deux espèces de dépôt : le dépôt proprement dit et le séquestre. Le chapitre II va traiter du dépôt proprement dit (art. 1917 à 1954). Le chapitre III s'occupera du séquestre (1955 à 1963).

9. 2° (4). 9. 3° (5).

(1) L. 2, D., *depositi*. *Junge* Cujas, 1 *ad Africanum*, ad leg. 20, *de man. test.*, in fine.

(2) Papinien, l. 24 et 26, D., *depositi;* Ulpien, l. 186, D., *de verb. signif.*

(3) Doneau sur le C., *depositi*, n° 7. rubrique. Il cite la loi 12, § 12, D., *mandati*, où un ami avait recommandé à son ami Sextilius Crescens.

(4) Add. *Pourquoi l'art.* 1915 *emploie le mot* ACTE *de préférence au mot* CONTRAT.—Duranton, n° 2, dit sur la définition du code : " Cet acte est, au surplus, un contrat même dans le cas du dépôt nécessaire; mais comme dans le dépôt ordonné par justice, qu'on appelle séquestre, il n'y a pas à proprement parler de contrat entre celui qui a reçu la chose et celui auquel elle doit être rendue, la dénomination d'*acte*, dont on s'est servi pour définir le dépôt en général, convenait en effet mieux que celle de *contrat*, car le contrat suppose le consentement de deux ou plusieurs personnes sur une chose qu'il leur convient de donner, de faire ou de ne pas faire." Op. conf. de Demante, n° 655.

(5) Add. *En combien de sens se prend le mot* DÉPOT ?—Duranton dit, n° 4 : " Le mot *dépôt* se prend tantôt pour exprimer le contrat lui-même, et tantôt pour la chose qui en fait l'objet."

CHAPITRE PREMIER.	CHAPTER FIRST.
DU DÉPÔT SIMPLE.	OF SIMPLE DEPOSIT.
SECTION I.	SECTION I.
DISPOSITIONS GÉNÉRALES.	GENERAL PROVISIONS.
1795. Il est de l'essence du dépôt simple qu'il soit gratuit.	1795. It is of the essence of simple deposit that it be gratuitous.

---

* *C. N.* 1917. } Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit.

---

* *ff. Depositi vel contra, liv.* 16, *tit.* 3, *L.* 1, § 8. } Si vestimenta servanda balneatori data perierunt: si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri, et dolum duntaxat præstare debere puto: quod si accepit, ex conducto (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Lorsque des habits donnés en garde à un maître de bains ont été perdus; s'il n'a reçu aucun salaire pour les garder, il en est dépositaire, et il ne doit tenir compte que de sa mauvaise foi, mais s'il a reçu un salaire, il y a lieu contre lui à l'action contraire du loyer (ULPIEN).

---

* 1 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 1, *Tit.* 7, *sec.* 1, *n°* 1 *et* 2. } 1. Le dépôt est une convention par laquelle une personne donne à un autre quelque chose en garde (C. civ. 1915), et pour la lui rendre quand il lui plaira de la retirer.

Lorsqu'on a reçu pour soi et pour ses cohéritiers, à la charge de leur faire ratifier le paiement, on n'est obligé envers le débiteur que comme dépositaire, si, par le défaut de ratification, le paiement n'est valable que pour la part qu'on a reçue. La remise à quelqu'un d'une somme

d'argent, avec charge de payer à un tiers indiqué, ne constitue pas un dépôt.

2. Le dépôt doit être gratuit; car autrement ce serait un louage, où le dépositaire louerait son soin (C. civ. 1917).

---

* *Troplong, sur art.* 1917 *et s. C. N.* } 10. Le dépôt proprement dit ne saurait exister s'il ne réunit les caractères que nous avons définis au n° 506. Mais à ces caractères il doit en ajouter de particuliers qui le distinguent du séquestre.

11. Le premier est d'être gratuit (article 1917). Si le dépositaire ne se chargeait pas gratuitement de la chose déposée, ce ne serait plus ce contrat de bienfaisance que les lois ont organisé sur la base d'un sentiment désintéressé. Il deviendrait un louage de services (1). Ainsi, si, comme cela arrive souvent, je dépose, moyennant un salaire, la toilette de mon bain chez le baigneur, mes bagages à un batelier, mes effets

(1) Add. Op. conf. de Duvergier, n° 408, où il dit : " Ce n'est pas seulement le texte de la loi qui fait de la gratuité un des caractères distinctifs du dépôt; c'est aussi la force des choses. Si dans le dépôt accompagné d'une rétribution accordée au dépositaire se retrouvent tous les éléments qui constituent un louage de travail, en le déclarant on énonce une vérité indépendante des classifications légales ou doctrinales, on constate un fait que le législateur pourrait méconnaître, mais qu'il ne dépend pas de lui d'empêcher d'exister."

Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 390, dit sur cette question : " La gratuité est de la nature et non de l'essence du dépôt. Il y a, à cet égard, une légère inexactitude de rédaction dans l'art. 1917; ce qui se prouve par l'art, 1928, qui suppose évidemment que le dépôt peut n'être pas gratuit."

Demante, n° 657, dit au contraire : " Le dépôt proprement dit est un acte de confiance de la part de l'un des contractants, et un bon office de la part de l'autre. Il perdrait ce caractère pour se rapprocher plus ou moins du louage, si celui qui se charge de garder la chose se faisait payer de ce service. Ce contrat est donc *essentiellement* gratuit. Voy. art. 1917; voyez pourtant article 1928 2°."

de voyage à un aubergiste, il y a louage (1) ; il y aura dépôt qu'autant qu'un prix ne sera pas intervenu : " *Si vestimenta servanda balneatori data perierint, siquidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri, et dolum duntaxat præstare debere puto. Quod si accipit, ex conducto.*" Ainsi parle Ulpien (2).

12. Contre cette conversion du contrat de dépôt en contrat de louage, deux objections se présentent :

La première, tirée de l'article 1928, du code civil, lequel suppose qu'un salaire a pu être stipulé pour la garde du dépôt ;

La seconde, tirée de l'art. 1952 qui qualifie positivement l'aubergiste de dépositaire et non de locataire.

13. Je réponds : " Si le dépositaire a stipulé un salaire comme le prévoit l'article 1928, le contrat aura perdu son caractère ; il ne s'agira plus d'un office d'ami ; la convention sera intéressée, et dès lors la responsabilité de ce dépositaire sera appréciée avec plus de sévérité que celle du dépositaire proprement dit. Qu'a voulu l'article 1928 ? A-t-il entendu établir que le dépôt avec salaire continuait à être un dépôt pur et simple ? Non sans doute (3). Sans cela, il se serait mis en opposition flagrante avec l'article 1917, qui fait de la gratuité l'essence du dépôt (4). Qu'a-t-il donc voulu encore une fois ? Décider que celui qui stipule un salaire doit être traité plus sévèrement que celui qui n'en exige pas. Et rien n'est plus évident et plus juste. Mais il ne dit pas pour cela qu'un tel dépositaire mérite le titre de dépositaire pur ; il ne dit pas qu'il continue à être un dépositaire sans mélange de location de services. S'il le disait, il donnerait un démenti à l'article 1917 et à la nature des choses.

(1) Favre sur la loi 1, § 8, D., *depositi :* Cujas sur le Code, *depositi ;* Doneau sur la rubrique du Code, *depositi,* n° 5 ; Pothier, n° 13.

(2) L. 1. § 8, D., *depositi. Junge* § 9.

(3) Zacharie, t. III, p. 107, note 2.

(4) Add. Op. conf. de Duvergier, n° 409.

" Duplex est enim depositum, dit Scaccia : depositum pro-" prium de sui natura, est contractus gratuitus et non mer-" cenarius...Quoddam vero est depositum *improprium*, nimi-" rum, quod non est gratuitum, *sed hoc dicitur* IMPROPRIE " *depositum cum sit potius locatio et conductio* (1)." Quand on entend ce langage de la part d'un jurisconsulte qui traite les matières de commerce, où le dépôt est rarement gratuit, on peut s'en rapporter à son expérience et à son discernement.

Cette interprétation de l'article 1928 devient surtout palpable si l'on consulte Pothier, n° 31, à qui il a été emprunté. Pothier examinant le degré de responsabilité du dépositaire, veut qu'on l'augmente d'un degré lorsqu'il se sera fait payer sa garde. Quelle est sa raison ? C'est que *le contrat n'est pas alors un vrai contrat de dépôt, n'étant pas gratuit, mais un contrat qui tient plutôt du louage.*

Mais quoi! dira-t-on, l'article 1928 ne se sert-il pas des mots *dépôt* et *dépositaire?* Je l'avoue : et en cela il a manqué peut-être à la scrupuleuse exactitude du langage. Mais, avant lui, Ulpien en avait fait autant, sans que la pensée de ce jurisconsulte en fût le moins du monde obscurcie : " *In* DEPOSITO, *dolus præstatur solus, nisi, forte et merces accessit* (2)." Voilà bien le dépôt appelé par son nom, quoique flanqué d'un salaire. Demandez cependant au même Ulpien ce qu'il pense au fond d'un tel contrat, et il vous apprendra qu'il faut bien se garder de le tenir pour un dépôt ; car c'est un véritable louage (3).

14. Quant à la seconde objection, voici comment elle se résout. Dans le cas prévu par l'article 1952, le voyageur entre chez l'aubergiste et paye un salaire pour qu'il soit pourvu à sa nourriture et à son logement. Mais ce n'est pas à cause du dépôt de ses effets qu'un prix est exigé de lui ; car il arriverait sans bagages, que le prix serait toujours le

(1) § 1, q 7, p. 2, ampl. 3, n°s 24 et 25.

(2) L. 5, § 2, D., *commodati.*

(3) L. 1, §§ 8 et 9, D., *depositi.*

même. Le dépôt est donc ici un contrat qui s'ajoute au contrat de louage, mais qui cependant en est distinct, et qui intervient sans aucune rémunération (1). L'article 1917 conserve donc encore son autorité.

Autre serait le cas où le voyageur, ayant des inquiétudes pour quelque objet précieux dont il serait porteur, le confierait à l'aubergiste qui exigerait de lui un salaire pour cette garde spéciale. Ce dépôt deviendrait alors un vrai louage, et le point de vue de l'article 1952 serait modifié.

15. Nous répétons donc que la gratuité est de l'essence du dépôt, et qu'il n'y a rien à retrancher à l'article 1917. Nous disons que si une chose est déposée moyennant un prix, ce n'est plus un dépôt, mais un louage (2). Le dépôt prend sa source dans la confiance, dans l'amitié, dans un office désintéressé (3).

Ainsi donc les dépôts de numéraire, billets, contrats, diamants, qui se font à la banque de France, et pour lesquels ses statuts l'autorisent à recevoir un tant pour cent par chaque semestre, ne sont pas des dépôts proprements dits. La banque fait une location de services (4).

Il en est de même des dépositaires en matière de commerce qui, ne faisant rien pour rien, et recevant une rétribution de leurs services, sont moins des dépositaires que des locateurs. Le dépôt proprement dit, avec son caractère gratuit, est dans le commerce une sorte d'anomalie (5).

(1) Caius, l. 5, D., *nautæ, caupones ;* sur quoi Favre dit : " *Tenentur caupones ad custodiam, non propter mercedem, sed ob receptum.*" *Infrà*, nº 211.

(2) Ulp., l. 1, §§ 8 et 9, *dep. ;* Favre sur cette loi ; Doneau, sur le Code, préambule, nº 5.

(3) Favre sur la loi 1, §§ 23 et 23, D., *depositi,*

(4) " Lucrum consequi solent argentarii, sive baancherii auctoritate publica constituti, ad custodiendas pecunias... *In effectu est contractus locationis ex parte depositarii, et conductionis ex parte deponentis.*" (Scaccia, § 1, q. 7, ampl. 3, nº 1.)

(5) Add. C'est ce qui fait dire à Pardessus, nº 491 : " Le dépôt consi-

Mais revenons au dépôt d'après le droit civil.

16. Si le déposant, par reconnaissance pour le service rendu, offrait au dépositaire un présent spontané, l'acceptation de ce dernier n'altérerait pas la nature du contrat. Tant que le dépositaire n'exige rien, le dépôt reste gratuit (1).

1796. Les choses mobilières seules peuvent être l'objet du dépôt simple.	1796. Moveable property only can be the object of simple deposit.

---

* *C. N.* 1918. } Il ne peut avoir pour objet que des choses mobilières.

---

* 1 *Domat* (*Remy*), *liv.* 1, *Tit.* 7, *sec.* 1, *n*° 3 *et s.* } 3. Quoique le dépôt ne soit proprement que des meubles (C. civ. 1918.) on peut donner en garde des immeubles, comme une

déré dans ses rapports avec le commerce est une convention par laquelle une personne se charge de conserver la chose d'autrui, moyennant une rétribution déterminée par la convention ou l'usage, et de la rendre soit à celui qui l'a déposée, soit à quiconque est indiqué par lui, ou qui, de toute autre manière, peut exercer ses droits.

" Il est facile de voir en quoi cette définition diffère de celle que donne le droit civil, qui considère le dépôt comme essentiellement gratuit. Nous avons vu que le commerce ne connaissait point les contrats de pure bienfaisance. Le dépôt s'y trouve toujours mêlé du louage de soins qui en fait un cpntrat intéressé ; ce n'est même que lorsqu'il a ce caractère, qu'il est vraiment acte de commerce. Un dépôt purement officieux et gratuit, qui interviendrait entre deux commerçants, eût-il pour objet des marchandises du commerce du déposant, ne serait point un engagement commercial; et celui qui, pour éviter une plus grande responsabilité, prétendrait n'avoir été que dépositaire gratuit, ne serait pas toujours accueilli dans cette ecception."

(1) Pothier, n° 13

Add. Op. conf. de Duvergier, n° 410 ; de Dalloz, *Dépôt*, art. 1, n° 3.

maison ou un autre fonds, et les fruits qui en proviendront (C. civ. 1959).

4. On peut déposer non-seulement ce qu'on a en propre, mais ce qui est à d'autres personnes; soit qu'on l'ait en sa puissance de bonne foi, comme un procureur constitué, ou qu'on le possède de mauvaise foi. Ainsi, les voleurs même et les larrons peuvent déposer ce qu'ils ont volé ou dérobé; car il est juste qu'il soit conservé pour être rendu au maître.

5. Le dépôt de ce qui est à un autre, n'oblige pas le dépositaire de le rendre à celui qui l'a déposé, si le maître se fait connaître. Ainsi, si c'est un voleur qui ait déposé ce qu'il avait volé, la fidélité du dépôt n'oblige plus envers ce voleur; mais la connaissance du vol oblige de rendre la chose à son maître. Que s'il y a du doute dans le droit de celui qui se dit le maître, ou que ce droit lui soit contesté par celui qui a déposé, le dépositaire devient alors un dépositaire de justice, et comme un séquestre; et il doit attendre que la contestation ait été réglée, pour rendre la chose à celui qui en sera reconnu le maître. (C. civ. 1938).

6. Si une personne dépose une chose qui soit à une autre, ou un domestique celle de son maître, le dépositaire peut la rendre à celui qui l'a déposée, s'il n'a pas de juste cause de douter qu'il rendra mal; comme il en aurait s'il savait que ce domestique, par exemple, n'est plus au service de cette personne, ou qu'il dût se défier de sa fidélité. Et c'est par les circonstances qu'on pourra juger si le dépositaire a dû rendre à un autre qu'au maître.

7. Comme il est de la nature du dépôt qu'il n'est pas fait pour l'intérêt du dépositaire, ainsi que le prêt à usage, mais pour le seul intérêt de celui qui dépose, il peut le retirer lorsque bon lui semble, quand même il y aurait un temps réglé pour le dépôt; car il dépend du maître de reprendre la chose déposée quand il le voudra, pourvu que ce ne soit pas dans un contre-temps où le dépositaire ne puisse la rendre par quelque obstacle qui ne doive pas lui être imputé. (C. civ. 1944).

[ARTICLE 1796.]

Le dépôt fait *dans l'intérêt d'un tiers*, envers lequel le dépositaire lui-même s'est engagé pour la conservation de la chose déposée, ne peut être rendu au déposant que du consentement du tiers.

8. Le dépôt n'obligeant qu'à la simple garde, il est de la nature de ce contrat que la chose déposée soit rendue dans le lieu où elle est gardée (C. civ. 1943) ; et le dépositaire n'est pas obligé de la transporter pour la délivrer, si ce n'est qu'il l'eût mise de mauvaise foi en un autre lieu que celui où il devait la garder.

9. Le dépôt ne s'étend pas seulement à ce qui a été déposé ; mais si la chose déposée produit quelques fruits ou autres revenus, ce qui en sera provenu entrera aussi dans le dépôt, et le dépositaire en sera chargé comme de la chose même qui lui aura été donnée. (C. civ. 1936). Ainsi, celui qui aurait pris en garde un troupeau de moutons et de brebis, rendra la laine et les agneaux qui en seront provenus.

10. Si l'on dépose de l'argent ou quelque autre chose, laissant au dépositaire la liberté de s'en servir, et qu'il n'en fasse aucun usage, il ne sera tenu que des engagements d'un dépositaire, et suivant les règles qui seront expliquées dans la sect. 3. Mais s'il se sert de la chose déposée, son engagement changeant de nature, il sera tenu, ou selon les règles du prêt à usage, si c'est une chose qui demeure en nature, ou selon les règles du prêt, si elle est telle qu'il cesse de l'avoir quand il en usera.

11. Si la chose déposée appartient à plusieurs personnes, soit qu'il y en eût plusieurs propriétaires au temps du dépôt, ou qu'elle ait passé à plusieurs héritiers de celui qui l'avait déposée, le dépositaire ne doit la rendre qu'à tous ensemble si elle ne peut se diviser, ou à chacun sa portion si elle est divisible ; comme si c'est une somme d'argent, et que tous conviennent de leurs portions. (C. civ. 1939). Si le dépôt était cacheté, il ne sera ouvert qu'en présence de tous ensemble pour leur être remis. Que s'il y avait des absens ou des contestations entre les présens, le dépositaire ne rendra le dépôt qu'en prenant sa sûreté pour sa décharge à l'égard de tous,

ou la demandant en justice, et consignant le dépôt dans les formes, pour être ensuite pourvu par le juge à l'ouverture et au partage du dépôt, avec les sûretés pour ceux qui seraient absents.

Loorsqu'un dépôt a été fait avec destination, le déposant en conserve la propriété jusqu'à ce que la destination ait été accomplie; et, s'il vient à mourir avant que la destination soit accomplie, le dépôt doit être rendu aux héritiers, non à la personne indiquée pour le recevoir. Ainsi, le dépôt, fait entre les mains d'un tiers, d'une certaine somme, pour être distribuée aux pauvres d'une paroisse, ne donne pas à ces pauvres un droit de propriété sur la somme déposée; de telle sorte qu'après la mort du déposant ils aient une action pour la revendiquer au préjudice et *contre la volonté des héritiers.*

12. Si dans le cas d'un dépôt appartenant à plusieurs héritiers, un d'entre eux ayant retiré sa portion, le dépositaire devient insolvable, cet héritier ne sera pas tenu de la rapporter à ses cohéritiers. Car encore que ce qu'il a reçu fût commun à tous, pendant qu'il était entre les mains du dépositaire, cet héritier n'ayant reçu que sa portion par sa diligence, avant l'insolvabilité du dépositaire, les autres doivent souffrir cet événement, ou comme un effet de leur négligence, ou comme un cas fortuit qui tombe sur eux.

13. Si plusieurs font un même dépôt, et qu'il soit convenu que l'un d'eux, ou chacun seul pourra retirer le tout, le dépositaire sera déchargé en rendant le dépôt à celui qui peut seul le demander. Et s'il n'est pas réglé à qui il rendra le dépôt, il sera restitué suivant la règle expliquée dans l'art. II. (C. civ. 1937).

Le dépôt fait entre les mains d'un tiers pour assurer le paiement des frais à faire, est une consignation que le consignataire ne peut restituer sans le consentement de ceux dans l'intérêt desquels elle a été faite. Celui au profit de qui est faite une reconnaissance de dépôt n'est point passible du droit d'enregistrement que comporte cette reconnaissance, s'il déclare ne vouloir ni accepter ni tirer aucun profit, soit du dépôt, soit de la reconnaissance.

14. Si deux ou plusieurs personnes se sont rendues dépositaires d'une même chose, chacun d'eux sera tenu de rendre

le tout. Car on ne rend pas le dépôt, si on ne le rend en entier; et ils répondront l'un pour l'autre, même de leur dol commun, sans que la demande contre un seul ôte le droit d'agir ensuite contre tous les autres, jusqu'à ce que le tout soit restitué.

15. Le dépositaire qui use de la chose déposée contre le gré du maître, commet une espèce de larcin, et il sera tenu de tous les dommages et intérêts qui en seront suivis. (C. civ. 1930).

16. Si le dépôt est fait pour l'intérêt du dépositaire, comme si quelque meuble lui est laissé pour le vendre, et en garder le prix à titre de prêt, ou si une somme d'argent lui est baillée à condition que s'il fait une acquisition, il s'en servira, et qu'il arrive que ce qui était donné à cette condition vienne à périr avant l'emploi, ce dépositaire en sera tenu, quand ce serait même par un cas fortuit. Car il n'était pas dépositaire pour rendre au maître, mais pour vendre et employer pour soi ce qu'il avait pris de cette manière; ce qui change la nature et l'effet du dépôt.

17. On peut déposer des choses qu'on ne montre point au dépositaire; comme si on lui donne à garder une cassette cachetée ou fermée à clef (C. civ. 1931), sans lui faire connaître si on y a mis de l'argent, des papiers ou autres choses. Et, en ce cas, il n'est tenu que de rendre la cassette dans le même état, sans répondre des choses que celui qui dépose pourrait prétendre y avoir mises. Mais si on a montré au dépositaire le détail de ce qui est déposé, il doit répondre de chacune des choses dont il s'est chargé.

Voy. autorités sur art. 1795 et *Rapport de MM. les Commissaires* sur art. 1796.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Dépôt*, *n*° 5 *et s.* } 5. Le contrat de dépôt n'a rien à cet égard de particulier : il peut intervenir entre toutes les personnes qui sont capables de contracter, et

il ne peut intervenir entre celles qui en sont incapables (1) ; sur quoi voyez notre *Traité des Obligations*, part. 1, chap. 1, sect. 1, art. 4.

C'est pourquoi si je reçois une chose d'un enfant qui n'a pas encore l'usage de raison, ou d'un insensé, ce n'est pas un contrat de dépôt de cette chose, qui intervient entre nous, ne pouvant pas y avoir de contrat entre des parties dont l'une n'est pas capable de consentement, ni par conséquent de contracter ; c'est le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, lorsque j'ai reçu cette chose dans une bonne intention, pour qu'elle ne se perdît pas entre les mains de cet enfant ou de cet insensé, et avec la volonté de la remettre à ses parents, ou à son tuteur, ou à son curateur. Si j'avais reçu la chose avec une mauvaise intention, pour l'appliquer à mon profit, ce serait un vol que j'aurais commis de cette chose.

6. Pareillement, lorsque la personne qui m'a donné une chose à garder, est incapable de contracter par la loi civile ; *putà*, si c'est une femme sous puissance de mari, qui, sans être autorisée de son mari, m'a donné cette chose à garder, ce n'est point, dans le for extérieur, un contrat de dépôt ; mais je contracte, en ce cas, envers son mari, ou l'obligation *negotiorum gestorum*, si je reçois la chose dans le dessein de la lui rendre ; ou l'obligation *furti*, si je la reçois dans l'intention de favoriser le divertissement de cette chose.

Vice versâ, si j'ai donné une somme de deniers ou quelque autre chose à garder à une femme sous puissance de mari, non autorisée pour la recevoir, il n'y a pas de contrat de dépôt dans le for extérieur, dans lequel cette femme est réputée incapable de contracter. Mais si la chose est encore entre sés mains, je puis l'entiercer, et la revendiquer contre son mari : quoiqu'elle n'y soit plus, si elle en a profité, j'ai action pour la restitution, jusques à concurrence de ce dont elle a profité. Cette action n'est pas l'action de *dépôt*, le contrat étant nul ; mais c'est une action qui naît de la régle

(1) *V.* art. 1921, 1922 et 1925, 1926, C. civ. (BUGNET).

d'équité qui ne permet pas que personne s'enrichisse aux dépens d'un autre; *Voyez* notre *Traité des Obligations*, n° 123.

Il faut:—1° qu'il soit fait au dépositaire une tradition de la chose déposée; si elle n'est déjà par devers lui; 2° que la fin principale de la tradition soit la garde de cette chose; —3° que le dépositaire se charge gratuitement de cette garde; —4° il faut, comme dans tous les contrats, que le consentement des parties intervienne.

7. Le contrat de dépôt est un contrat *réel*, qui ne peut se faire que par la tradition que le déposant fait au dépositaire, de la chose dont il lui confie la garde.

Le déposant est censé faire cette tradition au dépositaire, soit qu'il la fasse par lui-même, soit qu'elle soit faite en son nom par un autre, de son ordre, ou avec son approbation.

Pareillement, la tradition est censée faite au dépositaire, soit que le dépositaire reçoive par lui-même la chose, soit qu'elle soit reçue en son nom par un autre, de son ordre, ou avec son approbation (1).

8. Lorsque la chose est par devers celui à qui on veut la donner en dépôt, il est évident qu'on ne peut lui faire une tradition réelle de cette chose; car il est impossible, *per rerum naturam*, qu'on fasse à quelqu'un la tradition réelle d'une chose qu'il a déjà par devers lui; mais, en ce cas, le dépôt peut se faire par une tradition feinte, que les docteurs appellent *traditio brevis manûs*, parce qu'elle renferme *brevi compendio*, l'effet de deux traditions.

Un premier exemple d'un dépôt qui se contracte par cette tradition feinte, c'est lorsque, m'ayant offert de me rendre une chose que vous teniez de moi à titre de prêt ou de louage, nous convenons que vous la garderez à titre de dépôt. Cette convention renferme un véritable contrat de dépôt; et ce contrat se fait par une tradition feinte de cette chose, qui renferme l'effet de deux traditions: car on feint que vous m'avez rendu la chose que je vous avais prêtée ou louée, et

(1) *V.* art 1919, C. civ. (BUGNET).

que depuis je vous l'ai de nouveau délivrée pour la garder à titre de dépôt.

Un second exemple, c'est, lorsqu'un débiteur voulant payer une somme de deniers qu'il doit, son créancier convient avec lui qu'il la retiendra par forme de dépôt, en donnant un bordereau des espèces dans lesquelles il entendait payer cette somme. Cette convention contient un véritable contrat de dépôt des espèces comprises au bordereau, qui se forme par une tradition feinte, par laquelle on feint que, le débiteur a payé ces espèces au créancier, et que le créancier les lui a depuis délivrées pour les garder à titre de dépôt.

Cette tradition feinte, en ce cas, a la force de transférer au créancier le *dominium* de ces espèces qu'en avait le débiteur, qui n'en est plus que le dépositaire.

9. Pour que le contrat par lequel l'un des contractants fait à l'autre la tradition d'une certaine chose, soit un contrat de dépôt, il faut que la principale fin de la tradition soit uniquement que celui à qui la tradition est faite, se charge de la garde de cette chose.

Cette fin fait le caractère essentiel du contrat de dépôt, qui le distingue des autres contrats.

Lorsque la tradition se fait pour une autre fin, ce n'est pas un contrat de dépôt, c'est une autre espèce de contrat. Par exemple, si la tradition est faite pour transférer à celui à qui elle est faite, la propriété de la chose, c'est une donation, ou une vente, ou un échange, ou quelque autre contrat semblable. Si c'est pour lui en accorder seulement l'usage pour son utilité, c'est un prêt ou un louage. Si c'est afin de faire quelque chose pour l'utilité de celui qui en fait la tradition, c'est, ou un *louage*, si celui à qui la tradition est faite, reçoit pour cela une *rétribution*; ou un *mandat*, s'il s'en charge gratuitement.

Par exemple, si je donne à mon procureur des titres afin qu'il s'en serve pour la défense de ma cause, ce n'est point un contrat de dépôt, mais un contrat de mandat, parce que

je ne les lui donne pas uniquement *custodiæ causâ*, mais pour qu'il s'en serve à la défense de ma cause : *Si procuratorem dedero, nec instrumenta mihi causæ reddat, quâ actione mihi teneatur ? Labeo putat mandati eum teneri, nec esse probabilem sententiam existimantium ex hâc causâ agi posse expositi ;* L. 8, ff. *Mand.*

Pareillement, lorsque je donne à quelqu'un de l'argent ou d'autres choses pour qu'il les porte dans un autre lieu, ce n'est pas un contrat de dépôt, mais un contrat de mandat ; car je ne les donne pas pour qu'on me les garde, *custodiæ causâ duntaxat*, mais pour qu'on les transporte dans le lieu où je les envoie.

Il y a plus : quand même, dans le contrat par lequel je vous aurais mis ès mains une chose pour la porter à une personne, j'aurais ajouté, que, si cette personne ne voulait pas la recevoir, vous me la garderiez, et que sur son refus, vous l'ayez effectivement gardée, le contrat intervenu entre nous doit passer pour un contrat de mandat, et non pour un contrat de dépôt ; parce que la principale fin pour laquelle je vous ai remis ès mains la chose, n'a pas été pour que vous me la gardassiez, mais pour que vous la portassiez à cette personne ; ce n'est que *secundàrio* que vous avez été chargé de la garder : *Si rem tibi dedi* (ut eam ad Titium perferres, et) *ut si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit...puto mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiæ legem ;* L. 1, § 12, ff. *Depos.*

Pareillement, si je vous ai chargé de retirer une chose que j'avais mise en dépôt chez une autre personne, et de la garder, ce n'est pas un contrat de dépôt, mais un contrat de mandat, quoique par ce contrat je vous aie chargé de la garde de ma chose ; parce que le principal objet du contrat n'a pas été de vous charger de cette garde, mais de vous charger de retirer la chose de la personne chez qui elle était : *Pomponius quærit si tibi mandavero ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi*

tenearis? et magis probat mandati esse actionem; *quia hic est primus contractus*, *eâd.* L. 1, § 13 (1).

10. Il est très important de bien distinguer ces contrats; les prestations auxquelles est tenu un mandataire, étant bien différentes de celles auxquelles est tenu un dépositaire, comme nous le verrons par la suite.

On doit, pour les bien distinguer, s'attacher à cette règle proposée par Ulpien: *Uniuscujusque coatractùs initium spectandum et causâ;* L. 8, ff. *Mand.*

De même que, suivant cette règle, lorsque la fin principale pour laquelle la tradition de la chose a été faite, n'a pas été de confier la garde de cette chose à celui à qui elle a été faite, quoiqu'il ait été aussi *secundario* chargé de cette garde, le contrat n'est pas un contrat de dépôt, mais une autre espèce de contrat, comme nous l'avons vu dans les espèces précédentes; de même, *vice versâ*, lorsque la fin principale pour laquelle la tradition de la chose a été faite, a été de confier la garde de la chose à celui à qui elle a été faite, le contrat ne laissera pas d'être un vrai contrat de dépôt, quoiqu'on ait ajouté à ce contrat quelque autre convention, *putà*, "que le dépositaire pourrait se servir de la chose qui lui aurait été déposée, s'il arrivait qu'il en eût besoin."

Par exemple, si étant sur le point de partir pour un long voyage, j'ai fait porter chez vous mon argenterie, que je vous ai prié de garder: quoique, en la confiant à votre garde, je vous aie permis de vous en servir, s'il arrivait que vous en eussiez besoin, le contrat n'en est pas moins un contrat de dépôt, et non un contrat de prêt à usage; et quoique vous ayiez usé de la permission que je vous ai donnée, et que vous vous soyez servi de mon argenterie, *putâ*, pour le festin des noces de votre fille, que vous avez mariée pendant mon absence, le contrat intervenu entre nous continue tou-

(1) *Id est, hoc primùm principale fuit in contractu ut eam reciperes, secundario duntaxat custodia tibi fuit mandata.* (Note de l'édition de 1766.)

jours d'être un contrat de dépôt, et n'est pas transformé en un contrat de prêt à usage ; vous continuez toujours d'être dépositaire de mon argenterie, plutôt que *commodataire : Uniuscujusque enim contractûs initium spectandum et causa.*

11. Lorsque c'est de l'argent, ou d'autres choses qui se consomment par l'usage, que je vous ai données en garde, avec la clause " que vous pourriez vous en servir, si vous en aviez besoin," cette clause n'empêche pas, à la vérité, que le contrat ne soit un vrai contrat de dépôt, tant que vous ne vous en êtes pas servi : (*Si pecunia apud te ab initio hâc lege deposita sit, ut si voluisses, utereris, priusquàm utaris, depositi teneberis;* L. 1, § 34, ff. *Depos.*) ; mais lorsque vous vous en serez servi, la consomption que vous en aurez faite de mon consentement, et suivant la permission que je vous ai donnée, aura formé le contrat *mutuum*, et ne laissera plus subsister le contrat de dépôt, ne pouvant plus y avoir de dépôt d'une chose qui a cessé d'exister par la consomption que vous en avez faite : c'est pourquoi la loi dit, *priusquàm utaris* (1).

12. L'unique fin pour laquelle la tradition de la chose se fait dans le contrat de dépôt, étant d'en confier la garde au dépositaire, il s'ensuit que le déposant, par cette tradition, ne se dépouille ni de la propriété, ni même de la possession de la chose déposée, et qu'il continue de la posséder par le dépositaire, qui ne la tient que pour le déposant, et au nom du déposant : *Rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et possessio ;* L. 17, § 1, ff. *Depos.*

13. Le contrat de dépôt est un contrat de bienfaisance : il renferme un office d'ami que le dépositaire rend au déposant. De là il suit que, pour que le contrat par lequel on confie la garde d'une chose à quelqu'un, soit un contrat de dépôt, il faut que celui à qui on la confie s'en charge gratuitement;

(1) C'est probablement une espèce semblable que les rédacteurs du Code avaient en vue, lorsque dans l'article 1928, § 3 (*V.* la note suivante), ils supposent que le dépôt a été fait uniquement dans l'intérêt du dépositaire (Bugnet).

car, si par le contrat il exige quelque rétribution pour sa garde, le contrat n'est plus un contrat de bienfaisance, il ne renferme plus un service d'ami. Ce n'est pas par conséquent un contrat de dépôt, c'est une autre espèce de contrat; c'est un contrat de louage, par lequel le gardien loue sa garde pour le prix convenu.

Suivant ces principes, Ulpien décide : *Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, siquidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri... si accepit, ex conducto ;* L. 1, § 8, ff. *Depos.*

La même distinction se trouve dans les paragraphes suivants de cette loi.

Quoiqu'il soit de l'essence du contrat de dépôt d'être gratuit de la part du dépositaire, néanmoins les présents que le dépositaire reçoit du déposant, en reconnaissance du bon office qu'il lui rend en se chargeant de la garde de la chose n'altèrent point la nature du contrat de dépôt; il suffit que le dépositaire ne les ait pas exigés, pour que le dépôt soit gratuit de la part du dépositaire, et pour que le contrat soit en conséquence un vrai contrat de dépôt (1).

14. Le consentement des parties est de l'essence du contrat de dépôt, de même que tous les autres.

Il n'est pas néanmoins nécessaire que ce consentement soit exprès, et qu'il soit déclaré par des paroles ou par des écrits. Un consentement tacite suffit, de même que pour tous les autres contrats, qui ne sont régis que par le droit naturel.

Ce consentement tacite dans le contrat de dépôt, résulte de ce que le déposant a porté ou fait porter une chose, et l'a laissée chez le dépositaire, au vu et su de ce dépositaire, qui l'a souffert. Ulpien le décide en la loi 1, § 8, ff. *Nautæ, Caup. Stab.*, à l'égard du dépôt fait à un maître de navire : *An hoc*

(1) *V.* art. 1917, C. civ.

Et cependant l'art. 1928, § 2°, prévoit le cas où le dépositaire *aurait stipulé un salaire pour la garde du dépôt*, il faut convenir que le contrat participe alors du louage d'ouvrage ; aussi ce prétendu dépositaire sera-t-il tenu plus strictement. *V.* art. 1927 et 1928 (Bugnet).

ipso quod res in navem missæ sunt, receptæ videantur ? Puto omnium eum recipere custodiam quæ in navem illatæ sunt.

On doit pareillement le décider dans toutes les autres espèces de dépôt.

Par exemple, si un écolier, à qui il n'est pas permis d'entrer dans les écoles avec son épée (1), met son épée dans la boutique d'un cordonnier, voisin des écoles, au vu et su de ce cordonnier, il en résulte un consentement tacite, qui suffit pour former un contrat de dépôt entre l'écolier et le cordonnier.

15. Le consentement des parties dans le contrat de dépôt, de même que dans tous les autres contrats, doit intervenir sur le contrat même ; c'est-à-dire qu'il faut que l'une et l'autre parties aient la volonté de faire un contrat de dépôt.

Il faut que celui qui donne la chose à l'autre, ait la volonté de la lui donner pour la garder ; et que celui qui la reçoit, ait la volonté de la recevoir pour la garder. Mais si l'une des parties compte faire un certain contrat, et que l'autre s'imagine faire un contrat d'une autre espèce, il n'intervient entre elles aucun contrat, faute de consentement.

Par exemple : *Si ego quasi deponens tibi dedero* (certam pecuniæ quantitatem), *tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est ;* L. 18, § 1, ff. *de Reb. cred.*

Je n'aurai donc pas, en ce cas, contre vous l'action *depositi*, pour répéter de vous la somme de deniers que je vous ai comptée, croyant vous la donner en dépôt : mais j'aurai ou la revendication des espèces, si vous les avez encore en nature, ou une action personnelle pour que vous me rendiez une pareille somme, si vous les avez employées ; laquelle action ne naît ni d'un contrat de dépôt, ni d'un contrat *mutuum*, puisque ni l'un ni l'autre contrat n'est intervenu, mais de la règle d'équité qui ne permet pas que vous vous enrichissiez et que vous profitiez de cette somme à mes dépens.

(1) Les étudiants n'ont heureusement plus l'habitude de porter l'épée (BUGNET).

C'est ainsi qu'il faut entendre ce qui est dit à la fin de cette même loi : *Consumptis nummis condictioni locus erit ; eod.* § 1.

16. Le consentement des parties doit intervenir dans le contrat de dépôt sur la chose qui en fait l'objet. Pour qu'il soit censé intervenu, il suffit que le déposant ait eu la volonté d'obliger le dépositaire à rendre précisément *in individuo*, la même chose qu'il lui a donnée à garder, quelle qu'elle soit ; et que le dépositaire aie eu pareillement la volonté de s'obliger à rendre cette même chose *in individuo* : et il n'importe que l'une ou l'autre partie se soit trompée sur la quantité ou la qualité de la chose qu'elle donnait ou qu'elle recevait en dépôt : car ce n'est pas ce que l'une ou l'autre des parties a pu croire par erreur donner ou recevoir en dépôt, qui fait l'opjet du dépôt, et de l'obligation de ce contrat ; mais c'est ce qui a effectivement été donné en dépôt.

C'est pourquoi dès que les parties sont convenues, que le dépositaire rendrait au déposant précisément la même chose *in individuo* qu'il a reçue, il est vrai de dire que leur consentement est intervenu sur la chose qui fait l'objet du dépôt et de l'obligation du dépôt, quelle qu'ait pu être l'opinion de l'une ou de l'autre des parties sur la qualité ou la quantité de cette chose.

17. De même que l'erreur sur la qualité et quantité de la chose qui fait la matière du dépôt, n'empêche pas le contrat de dépôt d'être valable, pareillement l'erreur sur la personne de l'un des contractants n'empêche pas non plus le contrat d'être valable.

Par exemple, si j'ai donné une chose à garder à Pierre que je prenais pour Paul, le contrat n'en sera pas moins valable ; et celui qui a reçu de moi la chose pour me la garder, n'en sera pas moins obligé à me la rendre, quoique je l'aie pris pour un autre : car ce n'est pas tant la personne de Paul, à qui je croyais par erreur donner la chose à garder, que j'ai eu volonté d'obliger à me la rendre, que celui à qui je l'ai effectivement donnée, quel qu'il fût, soit qu'il fût Paul, soit qu'il fflt Pierre ou autre.

Vice versâ, si j'ai reçu de vous une chose pour la garder, vous prenant pour Pierre, quoique vous fussiez Paul, le contrat n'en est pas moins valable, et je ne suis pas moins obligé à vous rendre cette chose; car j'ai eu intention de m'obliger à la rendre à celui qui me la donnait en garde, quel qu'il fût (1).

18. Le contrat de dépôt est de la classe de ceux qui se régissent par le pur droit naturel. C'est de ce droit que sont prises toutes les règles de ce contrat; il n'est assujetti par le droit civil à aucune règle, ni à aucune forme. Si les ordonnances portent qu'il en sera fait un acte par écrit, lorsque l'objet de ce contrat excédera la somme de 100 livres (2), c'est une forme qui ne concerne pas la substance de ce contrat, mais seulement la manière de le prouver, lorsqu'on en disconvient, et qui d'ailleurs n'est pas particulière à ce contrat, mais qui a lieu à l'égard de tous les autres contrats. *Voy.* notre *Traité des Obligations*, n° 15.

19. Le contrat de dépôt est de la classe des contrats de bienfaisance; car il ne se fait que pour l'utilité de l'une des parties, qui est le déposant. L'autre partie, qui est le dépositaire, n'a aucun intérêt au contrat; il n'y intervient que pour rendre un office d'ami au déposant, et il doit être gratuit; *suprà*, n° 13.

20. Le contrat de dépôt est de la classe des contrats *réels*: il ne peut pas être formé par le seul consentement des parties; il ne peut l'être que par la tradition de la chose qui fait l'objet du contrat. Voy. *suprà*, n°s 7 et 8.

21. Le contrat de dépôt est de la classe des contrats *synal-*

(1) Il y a sans doute l'obligation de rendre: mais y aura-t-il aussi l'obligation de continuer de garder la chose pendant tout le temps convenu? nous ne le pensons pas : en effet, le dépôt est un contrat de bienfaisance, c'est le dépositaire qui rend le service, et il le rend *intuitu personæ*, c'est à telle personne désignée qu'il veut rendre ce service, dès lors, l'erreur sur la personne amène l'erreur sur la cause même de son obligation (BUGNET).

(2) *V.* art. 1923, C. civ. (BUGNET).

lagmatiques ; car il produit des obligations réciproques que chacun des contractants contracte, l'un envers l'autre.

Mais il est de celle des contrats *synallagmatiques* imparfaits ; car il n'y a que l'obligation de l'une des parties, savoir celle du dépositaire, qui soit l'obligation principale de ce contrat ; celles du déposant ne sont que des obligations incidentes (1). *Voy.* notre *Traité des Obligations*, n° 9.

---

* *Troplong, sur art.* 1917 *et s. C. N.* } 17. La seconde circonstance qui précise le caractère du dépôt proprement dit, c'est qu'il ne peut avoir pour objet que des choses mobilières ; en cela il diffère encore du séquestre qui peut s'appliquer aux immeubles (art. 1959).

Dans l'ancienne jurisprudence, les opinions n'étaient pas d'accord à cet égard. Voet, par exemple, enseignait que les immeubles pouvaient, comme les meubles, être la matière d'un contrat de dépôt (2). D'autres, au contraire, comme Vultejus (3), Hilliger (4), Scaccia (5), restreignaient aux meubles le dépôt proprement dit. Un immeuble, disaient-ils, ne pouvant être déplacé, n'est par conséquent pas susceptible de dépôt. " *Cum enim loco moveri nequat, nec poni potest, nedum* " *deponi* (6)."

Cet argument, emprunté à la grammaire, ne paraissait pas concluant à Pothier. Car l'étymologie des mots se tire de préférence *ex eo quod frequentius fit.* Et comme les dépôts de meubles sont les plus fréquents, la dénomination du contrat a pu venir de cet usage. Quelle est donc la vraie raison

(1) Aussi il ne faudrait pas appliquer au dépôt la règle de l'art. 1325, C. civ. (BUGNET).

(2) *Depositi*, n° 3.

(3) Sur le § 3, Instit , *quib. modis contrahit, oblig.*

(4) Sur Doneau, lib. XIV, cap. II, n° 8, note 7.

(5) § 1, q. 7, part. II, ampl. 7, n° 20.

(6) Hillig., *loc. cit.*

suivant Pothier, n° 3 ? C'est que le dépôt, par sa matière et son essence, emporte avec lui la nécessité d'un déplacement de la chose. La fin du dépôt est la garde d'une chose par le dépositaire, à qui elle a été confiée pour qu'on la retrouve chez lui. Or, un immeuble n'est pas de nature à ce que son propriétaire puisse jamais avoir besoin de le donner en garde pour le retrouver. Donc il n'est pas susceptible de dépôt. On voit que l'explication de Pothier revient à celle des docteurs ; c'est la même idée reproduite en d'autres termes : seulement ce caractère que Pothier assigne au contrat de dépôt, cette fin qu'il lui attribue de sa propre autorité, les docteurs allaient en chercher la preuve dans l'argument étymologique que Pothier condamne, et qui ne me paraît pas sans force.

Ainsi donc, une maison, ne pouvant être déplacée (1), n'a pas besoin qu'on la donne à garde pour la retrouver. On ne la déposera donc pas. Sans doute, le propriétaire pourra remettre les clefs à une personne de confiance pour soigner les meubles, donner de l'air aux appartements, voir si quelques réparations ne sont pas nécessaires. Mais c'est là un contrat de mandat plutôt qu'un contrat de dépôt, et si la personne est salariée, ce sera un louage d'ouvrages (2).

(1) Ce sont les mots de Pothier, *loc. cit.*

(2) Add. Duvergier, après avoir rappelé les éléments de la controverse, finit par dire, n° 411 : " Les rédacteurs du code n'ont pas voulu que la difficulté restât indécise, et ils ont déclaré expressément que le dépôt proprement dit ne peut avoir pour objet que des choses mobilières (code civil, art. 1918). Le séquestre peut avoir pour objet des immeubles (art. 1959). L'article 125 dit, il est vrai, que la possession provisoire des biens d'un absent n'est qu'un *dépôt* ; or, elle peut comprendre des immeubles. Mais le mot *dépôt* n'a point, dans cet article, le sens qu'il a ici. Il ne s'applique point évidemment à un contrat. C'est bien plutôt un *mandat judiciaire* qu'un dépôt que reçoivent les envoyés en possession, puisqu'il est dit qu'ils ont l'*administration* des biens de l'absent."

Duranton ajoute, n° 22 : " Si dans l'art. 125 on qualifie de *dépôt* l'envoi en possession provisoire des biens d'un absent, c'est pour dire que le mandat judiciaire dont il s'agit aura les caractères du dépôt, afin de

18. Du reste, on peut déposer toute espèce de meubles : des choses fongibles et non fongibles, des titres, des actions, des lettres de change, la banque de France, d'après ses statuts, reçoit des dépôts d'effets publics, actions, contrats et obligations, billets, lingots d'or et d'argent, des diamants, etc., (1).

19. Quant aux choses fongibles que nous avons comprises dans l'énumération des choses susceptibles de dépôt, j'ai besoin d'ajouter un mot. Il est bien entendu qu'il n'y a dépôt qu'autant qu'elles doivent être rendues identiquement.

limiter l'étendue des pouvoirs des envoyés en possession, et de les rendre responsables comme des dépositaires."

Delvincourt dit, t, VIII, p. 389 : " On n'a pas besoin de donner un immeuble à garder pour le retrouver. Si donc je confie à une personne les clefs de ma maison, c'est un dépöt de clefs seulement ; si je la charge en outre d'avoir soin de la maison, d'y faire donner de l'air, de la faire nettoyer et réparer, c'est un mandat ; mais, dans aucun cas, ce n'est un dépôt de la maison."

(1) Add. " Si les droits incorporels ne sauraient être l'objet d'un dépôt, dit Dalloz, art, 1er, n° 7, il en est autrement des titres servant à établir ces droits, *ipsa instrumentorum corpora.* Ces titres en eux-mêmes sont des choses corporelles et peuvent être déposés." Op. conf. de Deleurie, n° 11349.

O. Leclercq, t. VI, p. 415, ajoute : " Les immeubles ne peuvent être volés ; ils ne peuvent être enlevés : ils ne sont donc jamais l'objet du contrat du dépôt ; il ne reste donc que les choses mobilières pour le former. Je crois cependant que ceci ne doit s'entendre que des immeubles proprements dits, ou des biens qui sont immeubles par leur nature : mais ceux qui le sont par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent, peuvent faire la matière du contrat de dépôt. Par exemple, je donne à garder à un tiers tous les effets qui se trouvent dans ma maison ; et pour qu'il puisse exercer sa surveillance, je le loge chez moi pendant mon absence. Il n'y a pas de doute que ce gardien ne soit chargé de l'obligation d'un dépositaire, à l'exemple du gardien judiciaire ; il sera donc également chargé de cette obligation à l'égard d'une statue placée dans une niche pratiquée exprès pour la recevoir, quoique cette statue soit un immeuble par destination.

[ARTICLE 1797.]

Car si le dépositaire avait le droit de les remplacer par d'autres, ce serait un prêt (1).

1797. La délivrance est essentielle pour la perfection du contrat de dépôt.

La délivrance est suffisante lorsque le dépositaire se trouve déjà en possession, à quelque autre titre que ce soit, de la chose qui est l'objet du dépôt.

1797. Delivery is essential to the formation of the contract of deposit.

The delivery is sufficient when the depositary is already in possession, under any other title, of the thing which is the object of the deposit.

---

* *ff. De reb. cred., liv.* 12, *tit.* 1, *L.* 18, § 1. } Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum, nec mutuum est. Idem est, et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quas commodatam ostendendi gratia accepi. Sed in utroque casu, consumptis nummis, condictioni sine doli exceptione locus erit (ULPIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } Si je vous donne une somme à titre de dépôt, et que vous la receviez à titre de prêt, il n'y a ni ni prêt ni dépôt. Il en est de même si vous me donnez une somme à titre de prêt, et que j'aie cru que vous ne me la prêtiez que pour m'en faire honneur, et non pour m'en servir dans mes affaires. Mais, dans ces deux derniers cas, si l'argent est consommé, il y a action pour en exiger la restitution, sans qu'on puisse opposer au demandeur l'exception tirée de la mauvaise foi (ULPIEN).

---

* *ff. Depositi vel contra, liv.* 16, *tit.* 3, *L.* 1, § 14. } Idem Pomponius quærit, si apud te volentem me deponere *jusseris apud libertum tuum deponere*, an possim tecum depositi experiri ? Et ait, si tuo nomine, hoc est, quasi te

(1) Add. Op. conf. de Duranton, n° 23.

custodituro deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem : si vero suaseris mihi *ut magis apud eum deponam*, tecum nullam esse actionem : cum illo depositi actio est : nec mandati teneris, quia rem meam gessi. Sed si mandasti mihi, *ut periculo tuo apud eum deponam*, cur non sit mandati actio, non video. Planè si fidejussisti pro eo, Labeo omnimodo fidejussorem teneri ait : non tantùm si dolo fecit is qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum : quid enim, si fureret is, apud quem depositum sit ? vel pupillus sit ? vel neque heres, neque bonorum possessor, neque successor ejus exstaret ? Tenebitur ergo, ut id præstet, quod depositi actione præstari solet (ULPIANUS).

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } Pomponius propose aussi cette question : Si, lorsque vous vouliez que je déposasse ma chose chez vous, vous m'avez dit de la déposer à un de vos affranchis, aurai-je contre vous l'action du dépôt ? Il dit : Si j'ai déposé la chose en votre nom, et parce que vous deviez la garder, j'aurai contre vous l'action du dépôt ; mais si vous m'avez conseillé de la déposer plutôt à votre affranchi qu'à un autre, je n'ai aucune action contre vous ; j'ai contre votre affranchi l'action du dépôt : vous n'êtes pas même en ce cas soumis envers moi à l'action du mandat, parce que j'ai entendu en cela faire ma propre affaire. Mais si vous m'avez chargé de la déposer entre les mains de votre affranchi à vos risques, je ne vois pas ce qui empêcheroit qu'il y eût lieu en ce cas à l'action du mandat. Si vous avez répondu pour cet affranchi, Labéon pense que vous êtes absolument obligé comme répondant, non-seulement si le dépositaire s'est rendu coupable de mauvaise foi, mais encore si la chose étant déposée entre ses mains, il refuse de la rendre : car enfin, si le dépositaire à qui vous m'avez chargé de confier ma chose étoit fou ou pupille, ou mort sans que personne lui succédât à aucun titre ? Vous serez donc obligé en ce cas de me payer ce que je pourrois obtenir par mon action de dépôt s'il m'étoit possible de l'intenter contre le dépositaire que vous m'avez donné (ULPIEN).

[ARTICLE 1797.]

* *ff. Mandati vel contra, liv.* 17, *tit.* 1, *L.* 8 *in pr.* } Si procuratorem dedero, nec instrumenta mihi causæ reddat, qua actione mihi teneatur ? Et Labeo putat mandati eum teneri, nec esse probabilem sententiam existimantium, ex hac causa agi posse depositi : uniuscujusque enim contractus initium spectandum, et causam (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Si le procureur ne veut pas rendre les pièces à la partie, quelle action a-t-elle contre lui ? Labéon pense qu'elle a l'action du mandat, et il ne croit pas qu'on doive adopter le sentiment de ceux qui décident qu'on peut intenter à cet égard l'action du dépôt : car dans les contrats, c'est toujours l'origine et la cause qu'il faut considérer (ULPIEN).

---

* *ff. De oblig. et action., liv.* 44, *tit.* 7, *L.* 1, § 5. } Is quoque apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur : qui et ipse de ea re quam acceperit, restituenda tenetur. Sed is etiam si negligenter rem custoditam amiserit, securus est : quia enim non sua gratia accepit, sed ejus à quo accipit : in eo solo tenetur, si quid dolo perierit. Negligentiæ vero nomine ideo non tenetur, quia *qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet.* Magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere (GAIUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Le dépositaire est aussi obligé en conséquence de la tradition de la chose. Il est tenu à rendre la chose qu'on lui a déposée. Mais s'il l'a perdue même par sa négligence, il n'est tenu à rien ; parce qu'il n'a pas reçu la chose pour son avantage, mais pour l'avantage de celui qui la lui a confiée ; il n'est tenu qu'autant qu'il y auroit eu de la mauvaise foi de sa part. Ce qui fait qu'il n'est pas responsable de sa négligence, c'est que celui qui donne sa chose à garder à un ami négligent n'a à se plaindre que de lui-même. Il est cependant décidé qu'une forte négligence le mettroit dans le cas d'être inculpé de mauvaise foi (GAIUS).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1796.

* *Troplong, Dépôt, sur arts.* 1917 *et s. C. N.* } 21. La tradition est donc capitale dans le dépôt comme dans le commodat et le *mutuum.*

Ici, nous aurions aimé que l'art. 1919 s'abstint de prononcer ces mots de tradition réelle et de tradition feinte, qui ne répondent pas aux idées du droit moderne, et se réfèrent à des souvenirs d'empirisme que le code civil a entendu abroger. Est-ce que toutes les traditions ne sont pas réelles aujourd'hui ? Est-ce que, par exemple, ce n'est pas une tradition réelle que celle qui s'opère par le consentement, alors que la chose que l'on consent à laisser à titre de dépôt se trouve déjà dans les mains du dépositaire à un autre titre? Pourquoi l'art. 1919 appelle-t-il ce genre de tradition une tradition feinte ? Où est la fiction, je le demande ? Où trouver quelque chose de plus réel (1) ? 21 2° (2).

(1) Voy. mon *Comm. de la Vente*, n° 272.

Add. Duvergier, n° 384, rappelle que " c'est ce que les docteurs appellent, dit Pothier, *traditio brevis manus,* parce qu'elle renferme *brevi compendio* l'effet de deux traditions."

Duranton ajoute, n° 6: " C'est alors une novation du premier contrat, et ce serait par conséquent à celle des deux parties, qui prétendrait que cette novation a eu lieu, à en faire la preuve, en cas de dénégation de la part de l'autre partie.

" Il y a également dépôt lorsque je porte quelque chose chez un voisin, au vu et au su de celui-ci, qui se charge tacitement de la garder par cela même qu'il ne la refuse pas. Mais il faut toutefois que son intention de la garder à titre de dépôt ne soit pas douteuse."

(2) Add. *C'est à celui qui prétend qu'il détenait à un autre titre, et qu'il détient actuellement à titre de dépositaire, à le prouver.* — Duvergier dit, n° 385: " La substitution d'un contrat à un autre a souvent un grand intérêt pour le détenteur. Sa responsabilité comme dépositaire est moindre que comme emprunteur ; c'est donc à lui à prouver que le prêt a été converti en dépôt. " Cela est surtout important, dit Delvin-" court (t. VIII, p. 388), s'il s'agit de choses fongibles, d'argent mon-" nayé, par exemple. Tant que le prêt a duré, tout le risque était pour " l'emprunteur ; du moment qu'il y a eu dépôt, le risque a été pour le " déposant. Il faut donc dans ce cas qu'il soit fait entre les parties un " double bordereau indiquant les espèces dans lesquelles l'emprunteur

21 3° (1).

22. La tradition peut se faire par mandataire à un mandataire (2).

" entend acquitter le prêt. Au moyen de cet acte et à compter du jour " qu'il a eu lieu, la propriété des espèces est transférée au prêteur, et les " risques sont pour son compte."

(1) Add. *En matière de commerce, les obligations du dépositaire peuvent cependant prendre cours avant la tradition.*—Pardessus, n° 496, dit à cet égard : " Lorsqu'une personne remet une chose en dépôt à une autre, le dépositaire n'a pas ordinairement de soins à donner ou de peines à prendre pour la réception. Les convenances, autant que la nature des choses, veulent que ces soins soient pris par le déposant, et que les obligations du dépositaire ne commencent qu'au moment où il est saisi de la chose confiée à sa garde. Il n'en est pas ordinairement ainsi dans le dépôt commercial. Lorsqu'un expéditeur adresse des marchandises à un correspondant ou à une personne quelconque dont la profession consiste à recevoir ainsi en dépôt, cette personne doit prendre, pour la réception et l'arrivée sûre des objets qui lui sont annoncés, tous les soins d'un mandataire salarié ; si l'introduction ou le séjour des marchandises ne peuvent avoir lieu qu'en faisant des déclarations, en donnant des cautions, en payant ou consignant des droits, il est tenu d'accomplir toutes ces conditions, de même que le ferait l'expéditeur. Il doit s'assurer, en les recevant, que les objets sont bien conditionnés, et n'ont éprouvé aucune diminution ni aucune avarie dans la route. En général, les lettres de voiture annoncent, et l'usage sous-entend toujours, la clause qu'on ne doit recevoir et payer que d'après cette vérification. Par le même motif, il doit veiller à ce qu'en déchargeant les objets dans ses magasins, ou en les plaçant, on évite tout ce qui pourrait les détériorer ; à ce qu'on sépare des autres marchandises celles qui pourraient leur communiquer des vices ou dont le voisinage pourrait causer d'autres accidents."

(2) Add. Op. conf. de Duvergier, n° 386, d'après Pothier, n° 7.

Duranton dit, n° 7 : " Il n'est pas nécessaire non plus, pour qu'il y ait dépôt, que ce soit celui au nom duquel il est fait qui remette lui-même la chose ; par exemple, si je charge Paul de vous remettre une montre en dépôt, et qu'il vous la remette en effet en mon nom ; ou si Paul, détenteur de ma montre, vous la remet en dépôt de son propre mouvement, mais en mon nom, il y aura dépôt entre vous et moi, et non entre vous et Paul, lequel aura simplement prêté son ministère pour la formation du contrat."

1798. Le dépôt simple est volontaire ou nécessaire.

1793. Simple deposit is either voluntary or necessary.

---

* *C. N.* 1920. } Le dépôt est volontaire ou nécessaire.

SECTION II.

DU DÉPÔT VOLONTAIRE.

1799. Le dépôt volontaire est celui qui se fait du consentement réciproque de la personne qui le fait et de celle qui le reçoit.

SECTION II.

OF VOLUNTARY DEPOSIT.

1799. Voluntary deposit is that which is made by the mutual consent of the party making and of the party receiving it.

---

* *C. N.* 1921. } Le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit.

---

* *ff. Depositi vel contra, liv.* 16, *tit.* 3, *L.* 1, § 5-6. } 5. Quæ depositis rebus accedunt, non sunt deposita: ut putà si homo vestitus deponatur, vestis enim non est deposita : nec si equus cum capistro : nam solus equus depositus est.

6. Si convenit, *ut in deposito et culpa præstetur*, rata est, conventio : contractus enim legem ex conventione accipiunt (ULPIANUS).

Ibidem, Trad. de M. Hulot. } 5. L'accessoire de la chose déposée n'est pas censé l'être lui-même; par exemple, si on dépose un esclave habillé, l'habit n'est pas

déposé. Il en est de même d'un cheval déposé avec son licol; car il n'y a en ce cas que le cheval qui soit déposé.

6. Si dans le dépôt, les parties sont convenues que le dépositaire seroit tenu de sa faute, la convention est valable : car la convention des parties fait la loi des contrats (ULPIEN).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1796.

1800. Le dépôt volontaire ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter.

Néanmoins si une personne capable de contracter accepte le dépôt fait par une personne incapable, elle est tenue de toutes les obligations d'un dépositaire, et pour l'exécution de ces obligations elle peut être poursuivie par le tuteur ou autre administrateur de la personne qui a fait le dépôt.

1800. Voluntary deposit can take place only between persons capable of contracting.

Nevertheless if a person capable of contracting accept a deposit made by a person incapable, he is liable to all the obligations of a depositary; which obligations may be enforced against him by the tutor or other administrator of the incapable person.

---

* *C. N.* 1925. } Le dépôt volontaire ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter.

Néanmoins, si une personne capable de contracter accepte le dépôt fait par une personne incapable, elle est tenue de toutes les obligations d'un véritable dépositaire; elle peut être poursuivie par le tuteur ou administrateur de la personne qui fait le dépôt.

---

* *C. L.* 2906. } Le dépôt volontaire ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter.

Néanmoins, si une personne capable de contracter accepte le dépôt fait par une personne incapable, elle est tenue de toutes les obligations d'un véritable dépositaire, et peut être poursuivie par le tuteur ou curateur de la personne qui a fait le dépôt.

---

* *Institut., liv.* 1, *tit.* 21 *in pr.* } Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria, ut ecce : si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas ; quod si aliis promittant pupilli, necessaria est tutoris auctoritas (*vid.* CAIUM ; *L.* 9, ff. *h. t.*) Namque placuit meliorem quidem conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate ; deteriorem vero, non aliter quàm cum tutoris auctoritate (*ex.* CAIO ; 2, *inst.* 83). Undè in his causis ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt, obligantur ; at invicem pupilli non obligantur. (*vid.* ULP. *L.* 13, § 29, ff. *de action. empt.*)

Ibidem, *Trad. de Du Caurroy.* } L'autorisation du tuteur est nécessaire au pupille dans certain cas, et non dans certains autres. Ainsi, lorsqu'ils stipulent qu'on leur donnera quelque chose, l'autorisation du tuteur n'est pas nécessaire ; mais lorsqu'ils promettent à d'autres, l'autorisation du tuteur est nécessaire. En effet, on a voulu qu'ils pussent rendre leur condition meilleure, même sans autorisation du tuteur ; mais qu'ils ne pussent la rendre pire qu'avec son autorisation. D'après cela, dans les actes d'où naissent des obligations mutuelles, comme dans les ventes, louages, mandats, dépôts, si l'autorisation du tuteur n'intervient pas, ceux qui ont contracté avec les pupilles sont obligés ; mais les pupilles ne le sont pas réciproquement.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1796.

* *Troplong, Dépôt, sur arts.* 1925-1926 *C. N.* } 51. Le dépôt est soumis à la règle de toutes les conventions ; il ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter (Pothier, n° 5).

Prenons pour exemple la femme mariée non marchande publique, qui ne peut s'obliger sans le consentement de son mari. Quel danger n'y aurait-il pas à laisser la femme maîtresse de recevoir des dépôts ? Quel abus des personnes malintentionnées ne pourraient-elles pas faire de sa faiblesse ! S'il lui était permis de recevoir des dépôts sans l'autorisation maritale, il ne tiendrait qu'à elle de ruiner son époux en supposant des dépôts qui n'auraient pas été faits entre ses mains ; et les héritiers de ce dernier seraient exposés à des recours sans fin et sans limites par la légèreté ou la collusion de la femme avec des tiers de mauvaise foi. Aussi a-t-il été jugé qu'une femme ne peut se charger seule d'un dépôt; le consentement de son mari lui est nécessaire (1), sans quoi le dépôt est nul; à moins que le mari n'ait été d'intelligence avec elle pour mieux exercer une coupable surprise (2).

52. Voyons cependant les conséquences d'un dépôt dans lequel des incapables interviennent.

Et d'abord, qu'arrivera-t-il si c'est l'incapable qui a reçu le dépôt (article 1926) ?

53. La nullité peut être envisagée sous le rapport de la diligence que le dépositaire doit apporter à la garde de la chose, et sous le rapport de la restitution de cette chose.

54. Sous le premier rapport, le contrat ne produit pas les effets détaillés dans les articles 1927 et suivants du code civil; et si des dommages et intérêts étaient réclamés pour défaut de garde et de soins, le vice du contrat mettrait le dépositaire à couvert (3).

(1) Mornac, *Depositi*, 4 ; Brodeau sur Louet, lettre F, sommaire 11, n° 5; Danty, p. 73. Arrêt du 14 avril 1613.

(2) Danty, p. 73.

(3) Zachariæ, t. III, p. 108. Voy. *suprà, Prêt*, n° 52.

55. Sous le second rapport, il n'en est pas ainsi ; autrement la protection donnée à l'incapable serait une protection donnée au vol. Nul, même un incapable, ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Expliquons cette proposition.

Nous parlions tout à l'heure d'une femme mariée. Lorsque la chose déposée sans le gré de son mari existe encore entre ses mains, le déposant aura une action en revendication pour la reprendre ; ce ne sera pas, à proprement parler, l'action *depositi*, puisque le défaut d'autorisation allégué par la femme pour échapper à la demande en responsabilité rendra le contrat nul ; mais ce sera l'action *ad exhibendum* (1), ou bien l'action en revendication qui appartient à quiconque veut reprendre sa chose non aliénée ou engagée (2). C'est ainsi que l'art. 1926 qualifie cette action. Le mot de *revendication* employé par lui se lie au premier paragraphe de l'article 1925, et démontre que le législateur n'a pas considéré les rapports respectifs comme constituant un dépôt. Et quand Zachariæ soutient que cette dénomination est impropre, et que le mot *restitution* serait préférable, attendu que l'action en revendication n'a lieu que contre les tiers et nullement contre ceux qui sont liés par des quasi-contrats (3), je crois cette critique trop sévère. Pourquoi le propriétaire ne pourrait-il pas se mettre au-dessus d'un contrat dont on lui oppose la nullité, laisser à l'écart l'action personnelle, et préférer l'action réelle pour reprendre sa chose ? Cela n'est pas nouveau en droit français, et on en trouve de notables et très-juridiques exemples dans les art. 2102, n° 4, du code civil (4), et 576 du code de commerce.

56. Si la femme avait aliéné la chose, le déposant ne pourrait la revendiquer en mains tierces par le principe du droit français " *Les meubles n'ont pas de suite.*" Mais si la femme

(1) Cujas, sur la loi 2, D., *commod.* (*Pauli ad edict.*, lib. XXIX).

(2) *Suprà, Prêt*, n° 50.

(3) T. III, p. 109, note 2, et t. I, p. 467, note 1.

(4) Mon *Comm. des Hypothèques*, n°s 187 *bis* et suiv.

avait fait profit de la vente, il y aurait lieu à une action tendant au remboursement de ce qui a tourné à son profit (1); et cette action serait bien et dûment exercée tant contre elle, sur ses propres, que contre son mari ou les héritiers de ce dernier (2), s'il avait profité de l'aliénation. Cette action, on le voit de reste, ne découlerait pas du dépôt, mais du principe d'équité d'après lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

57. Cette obligation de rendre la chose quand elle existe, ou d'indemniser le déposant *in quantum locupletior factus est depositarius*, s'applique à tous les incapables quelconques. Ulpien le décide formellement en ce qui concerne le mineur (3).

58. Alors même que l'incapable ne se serait pas enrichi, si cependant il avait détourné ou dissipé le dépôt par dol, pourrait-il être tenu de dommages et intérêts? Nous supposons qu'il est *doli capax*. Ulpien enseigne l'affirmative dans la loi 1, § 15 (4), D., *depositi*; et tous les commentateurs du code sont d'avis que, nonobstant l'article 1926 du code civil, on peut intenter l'action correctionnelle en violation de dé-

(1) Danty, p. 73.

(2) *Suprà, Prêt*, n° 51.

(3) L. 1, § 15, D., *depositi ;* Cujas, l. 2, D., *comm.* (*Pauli ad edict.*, lib. XXIX).

Add. Op. conf. de Duranton, n° 34; de Demante, n° 666; de Dalloz, *Dépôt*, n° 8.

O. Leclercq, t. VI, p. 417, dit en outre: " De même, l'objet déposé à une personne incapable peut être revendiqué par celui qui a fait le dépôt, s'il existe encore dans les mains du dépositaire; il peut encore exiger tout ce qui a tourné au profit de celui-ci; si le mineur avait vendu l'objet déposé, et que le prix ne fût pas payé, le déposant pourrait l'exiger. Pourrait-il redemander la chose même à l'acheteur? " Je ne le crois pas; je pense que celui-ci serait dans le même cas, que celui qui a acheté, de bonne foi, l'objet déposé, de l'héritier du dépositaire; il faudrait appliquer les principes développés à l'art. 1141.

(4) *Junge* l. 9, § 2, D., *de minoribus ; suprà, Prêt*, n° 53; Cujas, sur la loi 2, D., *de comm.* (*Pauli ad edict.*, lib. XXIX).

pôt, soit contre la femme, soit contre le mineur *doli capax*, et par conséquent les faire condamner à des dommages et intérêts pour réparation de ce délit (1).

Il est certain que l'incapable n'est restituable contre son délit ou quasi-délit (article 1310 du code civil); le délit commis par un incapable l'oblige à le réparer. Or, quel est le but de l'article 1926 ? De préciser les conséquences d'un dépôt fait à un incapable, abstraction faite de tout dol, *si dolus non intervenit*, comme le dit Ulpien à propos du cas où il faut rechercher s'il s'est enrichi. Mais quand il y a dol ca-

(1) Delvincourt, t. III, p. 429, notes; Duranton, t. XVIII. nº 35; Zachariæ, t. III, p. 109; Duvergier, nº 394.

Add. Où il dit : " Duranton (nº 35) reproche à Delvincourt une erreur qui ne serait ni moins évidente, ni moins grave.

" Il suppose que cet auteur n'accorde une action civile, contre le mineur coupable de violation de dépôt et punissable des peines portées par l'art. 408 du code pénal, qu'autant qu'il a encore la chose ou qu'il en a profité.

" Cela, dit-il, ne nous paraît pas conséquent ; car ce n'est pas relati- " vement à la peine que peut mériter un mineur, que la loi dit qu'il " n'est pas restituable contre les obligations résultant de son délit ; c'est " par rapport à ces obligations elles-mêmes, et ce sont évidemment des " obligations civiles. Dès que l'on reconnaît qu'il y a délit, il y a une " action civile pour la réparation du tort causé par ce délit."

" L'observation en elle-même est juste, mais Delvincourt n'a émis nulle part l'opinion qui lui est attribuée ; du moins je n'ai pas su trouver le passage qui justifierait la critique de Duranton."

Il ressort assez du passage suivant de Delvincourt, t. VIII in-8º, p. 392, que cet auteur professait, au contraire, l'opinion commune : " Si c'est le dépositaire, dit-il, le déposant n'a que l'action en revendication de la chose déposée, si elle existe encore dans la main du dépositaire ; si elle n'y est plus, il n'a qu'une simple action personnelle, jusqu'à concurrence de ce dont le dépositaire a profité. Cependant s'il y a abus de confiance de la part du dépositaire, et qu'il soit *capax doli, puta* s'il a plus de seize ans, il pourra être condamné aux peines portées par l'art. 408 du code pénal, ainsi qu'aux dommages-intérêts. Dans ce cas, il y a délit, et le mineur n'est pas restituable contre les obligations résultant de ses délits. Il ne faut pas d'ailleurs un grand discernement pour savoir que l'on n'a pas le droit de s'approprier un dépôt."

ractérisé, fraude évidente, la situation change : le dol ne doit jamais avoir de privilége.

Ainsi supposons que Pierre ait déposé un collier entre les mains d'une de ses parentes, femme mariée non autorisée, et et que celle-ci, par méchanceté, le brise en morceaux. Ce cas n'est certainement pas celui que prévoit l'art. 1926 ; et, bien que la femme ait fait le mal sans autre profit que de donner satisfaction à sa vengeance, bien qu'elle n'en ait retiré aucun avantage matériel, elle sera passible d'une action en dommages et intérêts.

Il en sera de même si, par cupidité et de mauvaise foi, elle détourne le dépôt pour s'en appliquer le profit ; l'application de l'article 408 du code pénal pourrait même être requise (1). Opposera-t-on que le déposant a eu tort de se confier à une personne incapable ? Je réponds que cette personne étant *doli capax* n'a pu ignorer les conséquences de la violation d'un dépôt. Il ne faut pas un grand discernement pour savoir combien cette action est répréhensible (2).

J'ai pris pour exemple une femme mariée, parce que la connaissance du mal étant inséparable de son âge et de son état, l'application du principe de responsabilité est plus manifeste. Mais en ce qui concerne le mineur, bien que les règles soient les mêmes théoriquement, néanmoins elles peuvent être modifiées dans la pratique par l'appréciation du caractère et de l'intelligence de la personne, et par une foule de circonstances variables au milieu desquelles peut se trouver placé le mineur.

En voici un exemple :

Bernard, greffier à Coutances, avait envoyé au nommé Delarue, écolier à Paris, dont il recherchait la sœur, le prix d'un terme de son greffe pour le payer au propriétaire. Delarue, au lieu de faire l'usage indiqué du dépôt confié à ses mains imprudentes, dissipa la somme. Bernard le poursui-

(1) Delvincourt et Duranton, *loc. cit.*; Dalloz, *Dépôt*, p. 50, n° 8.

(2) Favre sur la loi 1, § 15, D., *depositi*.

vit pour le faire condamner par corps à la restitution. Mais la sentence du premier juge ne prononça qu'une restitution civile. Bernard appela au parlement de Rouen, en tant que la contrainte par corps n'avait pas été adjugée, et un contre-appel de Delarue mit en question non-seulement la contrainte par corps, mais encore la restitution des deniers. En vain l'avocat de Bernard établit-il que le mineur *doli capax* est sujet à la peine établie par les lois : *Placet in dilectis minoribus non subveniri* (1) ; que dans la cause, il s'agissait d'une violation de dépôt, dont le divertissement est un larcin véritable ; que la minorité ne saurait servir d'excuse en ce cas ; que le mineur est tenu comme le majeur, *si dolo aliquid fecit in re deposita* (2), parce que *malitia supplet ætatem.* Le parlement de Rouen, par arrêt du 28 janvier 1672, déchargea Delarue de la condamnation civile (3). On considéra sans doute que le déposant avait agi avec une imprudence répréhensible, en exposant à une tentation trop forte un écolier livré à lui-même au milieu des plaisirs et des dissipations de Paris ; que la faute de ce jeune homme avait été provoquée par une faute énorme de Bernard. Peut-être y avait-il aussi d'autres circonstances, non relevées par les arrêtistes, qui achevèrent d'excuser Delarue sous le rapport du discernement et de la facilité du caractère.

Au surplus, ce n'est là qu'un arrêt d'espèce. Je le cite, non comme décision de principe, mais comme exception aux principes généraux.

58 2° (4).

(1) L. 9, § 2, D., *de minoribus.*

(2) L. 9, § 2, précitée.

(3) Basnage, *sur Normandie,* art. 592, p. 537.

(4) Add. *En est-il de même dans le cas d'un dépôt nécessaire ?* — Duvergier, n° 395, rappelle, pour la combattre, l'opinion suivante de Toullier (t. VII, n° 585) : « Toullier, qui professe cette doctrine (de la responsabilité de l'incapable pour son dol et son quasi-délit), enseigne cependant que la violation d'un depôt nécessaire n'obligerait point la

59. Ce n'est pas seulement dans le cas où le déposant est une personne capable que les actions autorisées par l'article 1926 trouvent leur place contre l'incapable qui a reçu un dépôt; c'est encore quand le déposant est lui-même incapable. L'article 1926 est à la vérité conçu dans des termes ambigus. Mais il est impossible qu'il ait voulu faire de l'incapacité du déposant un motif pour diminuer la responsabilité du dépositaire (1).

60. Venons maintenant au cas où une personne incapable, une femme, un mineur, non autorisés, font un dépôt à une personne capable. Pothier (n° 6) enseignait qu'il n'y avait pas de dépôt dans le for intérieur, et que le dépositaire ne contractait que l'obligation *negotiorum gestorum* pour le rendre à qui de droit. Il oubliait que les contrats passés par les incapables ne sont nuls que d'une nullité relative, et jamais d'une nullité absolue. L'article 1925 est conçu dans d'autres idées; il décide que la personne qui a reçu le dépôt est tenue de toutes les obligations du dépositaire, et qu'elle peut être poursuivie par le tuteur et l'administrateur de la personne qui a fait le dépôt (2).

femme mariée, par la raison que cette violation n'est ni un quasi-délit, ni un délit. L'art. 408 du code pénal punit cependant de peines correctionnelles celui qui détourne ou dissipe au préjudice du propriétaire les choses qui lui ont été remises *à titre de dépôt.* Notre illustre maître avait-il perdu de vue cette disposition, ou croyait-il qu'il fallait distinguer entre le dépôt nécessaire et le dépôt volontaire? Je l'ignore; mais dans tous les cas son opinion me parait ne pouvoir être adoptée."

Duranton, n° 35, suit l'avis émis par Duvergier; il dit: " A plus forte raison en serait-il ainsi (y aurait-il responsabilité à raison du dol) s'il s'agissait d'un dépôt nécessaire."

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Revendication*, § 3.

Add. Op. conf. de Duvergier, n° 393.

(2) Add. Op. conf. de Duvergier, n° 391, où il critique également l'opinion de Pothier; de Duranton, n° 33; d'O. Leclercq, t. VI, p. 417; de Favard, § 1, n° 1; de Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 391; de Demante, n° 666; de Zachariæ, § 402; de Deleurie, n° 11385, où il dit: " Quoique dans l'espèce il n'y ait pas véritablement de contrat de dépôt, puisque

61. Quant à l'incapable, il pourra toujours faire annuler ou rescinder le contrat pour se soustraire aux obligations que le dépôt fait peser sur le déposant. Mais remarquez que dans ce cas, si le dépositaire a utilement géré l'affaire, il aura l'action *negotiorum gestorum* pour se faire indemniser (article 1375). Notez aussi qu'il faut pour cela que l'affaire ait été bien administrée (1).

1801. Si le dépôt a été fait à une personne incapable de contracter, la personne qui l'a fait a droit de revendiquer la chose déposée tant qu'elle demeure entre les mains de

1801. If the deposit have been made with a person incapable of contracting, the party making it has a right to revendicate the thing deposited, so long as it remains

l'une des parties est incapable de contracter, il y a au moins un quasi-contrat semblable au dépôt, et qui assujettit la personne capable à toutes les obligations qui en résultent."

Mazerat sur Demante, *loc. cit.*, pose et résout la question suivante: " *Quid* s'il n'y a pas simple incapacité dans la personne du déposant, mais absence entière de consentement? Le dépositaire ne doit-il pas alors être considéré, suivant les cas, comme gérant d'affaires ou comme voleur? Si le déposant est entièrement incapable de consentir, l'art. 1925 n'est pas applicable; le dépositaire est réputé gérant d'affaires de l'incapable, et, comme tel, il est soumis à des soins bien plus rigoureux (art. 1374 et 1727 comparés). S'il y a mauvaise foi, mauvaise intention de sa part, il est traité très-sévèrement: il peut même, selon les cas, être considéré comme voleur. (Question de droit criminel)."

Zachariæ, *loc. cit.*, semble autoriser cette distinction, quand il dit: " Le dépositaire incapable serait même passible de dommages-intérêts si, étant déjà doué de discernement, il avait frauduleusement détourné la chose déposée. L'action en dommages-intérêts qui, dans ce cas, appartiendrait au déposant, prendrait sa source non plus dans le contrat de dépôt, mais dans le délit de violation de dépôt. Aussi se prescrirait-elle par trois ans (code d'inst. crimin., art. 2)."

(1) Zachariæ, § 402.

la première, et ensuite, elle a droit de demander la valeur de la chose jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit du dépositaire.	in the hands of the former, and afterwards a right to demand the value of the thing in so far as it has been profitable to the depositary.

---

* *C. N.* 1926. } Si le dépôt a été fait par une personne capable à une personne qui ne l'est pas, la personne qui a fait le dépôt n'a que l'action en revendication de la chose déposée, tant qu'elle existe dans la main du dépositaire, ou une action en restitution jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de ce dernier.

---

* *ff. De minoribus, liv.* 4, *tit.* 4, *L.* 9, § 2. } Nunc videndum, minoribus utrùm in contractibus captis duntaxat subveniatur, an etiam delinquentibus: ut putà dolo aliquid minor fecit in re deposita, vel commodata, vel aliàs in contractu; an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? Et placet, *in delictis minoribus non subveniri*: nec hic itaque subvenietur. Nam et si furtum fecit, vel damnum injuria dedit; non ei subvenietur. Sed si, cùm ex damno dato confiteri possit, ne dupli teneatur, maluit negare; in hoc solùm restituendus sit, ut pro confesso habeatur. Ergo et si potuit pro fure damnum decidere, magis quàm actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Examinons maintenant si les mineurs sont restitués contre les obligations qui naissent de leurs délits, comme ils le sont contre celles qui naissent des contrats. Supposons, par exemple, qu'un mineur se soit rendu coupable de dol dans un dépôt, dans un prêt ou dans tout autre contrat, sera-t-il restitué dans le cas où il n'aura pas profité de son dol ? Les mineurs ne sont pas restitués en matière de délit; ainsi il n'y aura pas lieu à la resti-

tution dans tous ces cas. Le mineur ne sera pas restitué contre le vol qu'il auroit fait, ou le tort qu'il auroit causé; mais si, à l'occasion d'un tort qu'il a causé, le mineur avait pu éviter la condamnation au double en avouant, et qu'il l'ait encourue en niant, il sera restitué seulement contre sa négation, et regardé comme ayant avoué. De même, si à l'occasion d'un vol, il eût pu éviter la condamnation au double ou au quadruple en transigeant, il sera restitué (ULPIEN).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1796, et *Troplong*, cité sur art. 1800.

SECTION III.

DES OBLIGATIONS DU DÉPOSITAIRE.

1802. [Le dépositaire doit apporter à la garde de la chose déposée le soin d'un bon père de famille.]

SECTION III.

OF THE OBLIGATIONS OF THE DEPOSITARY.

1802. [The depositary is bound to apply in the keeping of the thing deposited the care of a prudent administrator.]

---

* 5 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), § 736 *et notes.* } Le dépositaire est tenu des obligations suivantes :

1° Le dépositaire doit apporter à la garde de la chose déposée les mêmes soins qu'il apporte à la garde des choses qui lui appartiennent (1), art. 1927. Cette règle doit être ap-

(1) Il suit de là que la responsabilité du dépositaire est plus ou moins rigoureuse suivant qu'il est plus ou moins soigneux de ses propres affaires. La mesure de la vigilance qu'il doit apporter à la garde de la chose déposée est donc celle qu'il apporte à la garde des choses qui lui appartiennent. De telle sorte qu'on ne doit pas, pour apprécier sa responsabilité, se régler sur la gravité de la faute en elle-même, mais sur sa

pliquée avec une rigueur particulière dans les divers cas énumerés par l'art. 1928 (1). Il ne répond des cas de force

gravité relativement aux habitudes de celui qui l'a commise. Pothier, n. 27; Duvergier, n. 427; Troplong, n. 67 et suiv.; Dalloz, n. 46 et 47. V. cependant Duranton, 18, n. 37. — Du reste, le dépositaire qui n'apporte point à la garde de la chose déposée le soin qu'il apporte aux siennes propres commet un veritable dol, ou tout au moins une faute assimilable au dol; il ne pourrait donc s'affranchir conventionnellement de la responsabilité que l'art. 1927 fait peser sur lui : une pareille stipulation serait nulle, comme contraire aux bonnes mœurs, Troplong, n. 65; Dalloz, n. 45.] — L'art. 1882 ne s'applique point au dépositaire, Delvincourt sur l'art. 1927. V. cependant Duranton, 18, n. 38. [Il est certain qu'en principe, le dépositaire n'est pas tenu, comme l'emprunteur, de sauver la chose qui est sous sa garde de préférence à celle qui lui appartient, parce qu'il n'est pas tenu de préférer à la sienne propre la chose du dépositaire à laquelle il rend service; mais il peut être déclaré responsable s'il a laissé périr un dépôt d'une grande valeur ou dont la perte est irréparable, pour mettre en sûreté des choses qui lui appartiennent et qui sont d'une faible valeur: la valeur de la chose doit déterminer sa préférence, avec d'autant plus de raison qu'il a le droit de se faire indemniser par le déposant de la valeur de la chose qu'il a sacrifiée pour sauver le dépôt, art. 1942, Pothier, n. 29; Duranton, 18, n. 38; Duvergier, n. 428; Troplong, n. 42; Dalloz, n. 49.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) [Ces cas sont les suivants: 1° Si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt de manière à suggérer soit l'idée même du dépôt, soit celle de le lui confier, Pothier, n. 30; Troplong, n. 78; Dalloz, n. 52. On peut assimiler à celui qui s'offre lui-même celui qui est désigné ou imposé par la nature de sa fonction, et qui en acceptant le dépôt s'est engagé à une diligence plus grande qu'un dépositaire de hasard, tels sont les notaires, les hôteliers, ou aubergistes, Troplong, n. 79.—2° Si le dépositaire a stipulé un salaire pour la garde du dépôt, ce qui a lieu dans le commerce, où le dépôt n'est presque jamais gratuit. Mais il ne faut pas considérer comme un dépositaire salarié celui qui reçoit une marque de la reconnaissance du déposant, sans avoir mis d'avance aucun prix à la garde du dépôt, Pothier, n. 13; Duvergier, n. 435; Troplong, n. 81; Dalloz, n 14 et 53. — 3° Si le dépôt a été fait uniquement dans l'intérêt du dépositaire, ce qui a difficilement lieu. V. Pothier, n. 32; Duranton, 18, n. 40; Troplong, n. 82; Dalloz, n. 54; Pothier, *loc cit.* — Les auteurs examinent à ce sujet la question fort oiseuse selon nous de savoir si,

majeure que lorsqu'il a été mis en demeure de restituer la chose déposée (1), art. 1929. V. aussi art. 1302.

2° Le dépositaire ne peut se servir (2) de la chose déposée sans la permission expresse ou tacite du déposant, art. 1930 (3).

dans tous les cas qui précèdent, le dépositaire est tenu de sa faute très-légère, ou seulement de sa faute légère. Comme nous l'avons déjà fait remarquer plusieurs fois, le Code n'admet pas l'ancienne division des fautes qui, bonne peut-être à l'école, n'est dans la pratique d'aucune utilité et d'aucun secours. C'est au juge à apprécier d'après les circonstances de fait, de temps et de personne, l'étendue des fautes et la responsabilité qu'elles comportent en se montrant indulgent ou sévère, selon que la loi lui permet l'indulgence ou lui recommande la sévérité. V. Duvergier, n. 436, et Troplong, n. 85. — 4° Enfin, l'art. 1928 permet de convenir que le dépositaire sera tenu de toute espèce de faute. Cette convention, qui doit être expresse, rend le dépositaire responsable dès qu'il y a faute, quel que soit d'ailleurs le plus ou moins de gravité de la faute.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) [Et même dans ce cas, il ne répond pas de la force majeure, lorsque la chose eût également péri chez le déposant, si elle lui avait été rendue, art. 1302, Duranton, n. 40; Duvergier, n. 441; Troplong, n. 98; Dalloz, n. 58.—Les parties peuvent d'ailleurs convenir que la force majeure sera toujours à la charge du dépositaire, Troplong, n. 88; V. cependant Dalloz, n. 59. Elle est toujours à la charge du dépositaire, même sans convention expresse, en matière de dépôt irrégulier, c'est-à-dire dans un dépôt de choses fongibles qui passe aux risques du dépositaire, par cela seul qu'il a la faculté de s'en servir. Troplong, n. 91, 93 et s.—Dans tous les cas, le dépositaire qui se fonde sur la force majeure pour échapper à l'obligation de restituer la chose déposée doit commencer par prouver cette force majeure, art. 1302; Cass., 14 juin 1827; Troplong, n. 95; Dalloz, n. 61, et de plus que le fait qu'il qualifie de force majeure, tel qu'un vol ou un incendie, n'a pas été précédé d'une faute de sa part, qui lui enlève ce caractère, Poitiers, 26 therm. an X, Troplong et Dalloz, *loc. cit.*] (MASSÉ et VERGÉ)

(2) Art. 1932, alin. 2, Pothier, n. 36 et s.; Delvincourt sur l'art. 1930 (MASSÉ et VERGÉ).

(3) Lorsque par suite de ce consentement le dépositaire fait usage de la chose, le dépôt se transforme en un commodat, ou en un *mutuum*, Favard, v° *Dépôt*, S. 1, § 1, n. 6; Duranton, 18, n. 44. [Cela n'est vrai que lorsque l'usage de la chose est l'objet principal du contrat, alors

Il ne doit pas non plus chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée (1), art. 1931.

3° Le dépositaire est tenu de restituer la chose conformément au contrat. Il faut donc qu'il restitue identiquement celui a été déposé, art. 1932, alin. 1 (2). V. cependant l'art.

même que le dépôt consisterait en une chose fongible ; seulement, le contrat prend alors le caractère d'un dépôt irrégulier. — Le dépositaire qui se sert de la chose déposée, sans le consentement formel ou présumé du déposant, commet une faute qui le rend responsable de la détérioration ou de la perte de la chose qui passe à ses risques, parce que la faute dont il s'est rendu coupable le met en demeure perpétuelle, L. 20, Dig., *de condict. furtiva*, arg. art. 1302 ; Pothier, n. 43 ; Troplong, n. 107 ; Dalloz, n. 64. — Par la même raison, si le dépôt consistait en sommes d'argent, le dépositaire en devrait les intérêts à partir de l'emploi frauduleux qu'il en aurait fait.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) Si le dépositaire ouvre le coffre fermé ou brise l'enveloppe cachetée, il commet un veritable dol qui l'expose à des dommages et intérêts et il cesse de pouvoir en être cru sur sa déclaration en ce qui concerne la chose déposée, art. 1924. — V. L. 1, § 38, Dig., *Depositi*, Pothier, n. 38 et s. ; Maleville, sur l'art. 1931 ; Troplong, n. 108 ; Dalloz, n. 67. — [Il pourrait cependant arriver en certains cas que le dépositaire auquel les clefs du coffre déposé auraient été confiées dût être considéré comme autorisé à l'ouvrir, dans l'intérêt de la conservation de la chose, Duvergier, n. 449 ; Dalloz, n. 68.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) [A moins que, la chose déposée étant fongible, le dépositaire n'ait été autorisé à en faire usage. V. la note suivante.—Si donc, en l'absence de cette autorisation, le dépôt consiste en espèces monnayées, ce sont les mêmes espèces qui doivent être rendues, malgré l'augmentation ou la diminution de valeur de ces espèces, parce que ce qu'il doit rendre n'est pas une valeur, mais une chose déterminée. Dans ce cas, en l'absence d'une preuve écrite, le dépositaire est cru sur son affirmation, en ce qui touche la consistance des espèces, à moins que, l'objet du dépôt étant au-dessous de cent cinquante francs, la preuve testimoniale ne soit admissible, Pothier, n. 61 ; Delvincourt, 3, p. 431 ; Troplong, n. 111.—Si le dépositaire ne peut, par un fait quelconque dont il est responsable, restituer *in individuo* la chose déposée, il doit payer non-seulement la va-

1932, alin. 2, combiné avec l'art. 1930 (1). Toutefois il n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution, sans avoir à répondre des détériorations ou de la perte qui ne sont pas de son fait (2), art. 1933. Mais le dépositaire auquel la chose a été enlevée par force majeure est tenu de restituer au déposant ce qu'il a reçu pour prix de la chose ou en remplacement de la chose, ou ce qui peut lui en rester (3), art. 1934.

L'héritier du dépositaire qui a vendu de bonne foi la chose déposée n'est tenu que de rendre au déposant le prix qu'il a reçu de la chose, ou, s'il n'a pas encore touché le prix, de céder au déposant son action contre l'acheteur (4), art. 1935.

Le dépositaire est tenu de restituer avec la chose les ac-

leur de cette chose, mais en outre des dommages et intérêts pour le préjudice que la perte de la chose a pu causer au déposant, Dalloz, n. 72.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) [Lorsque, comme le permet l'art. 1930, le dépositaire d'une somme d'argent a été autorisé à s'en servir, il cesse d'être tenu de rendre la somme *in individuo*. Il n'est tenu que de rendre l'équivalent, Troplong, n. 115 et s.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) [C'est au dépositaire à prouver que les détériorations ne sont pas de son fait, art. 1302, Troplong, n. 121 ; Dalloz, n. 73. — Si la chose n'a pas été seulement détériorée, mais entièrement perdue par un événement de force majeure, le dépositaire est complétement libéré, en prouvant que la perte ne lui est pas imputable, Troplong, n. 120 et 121. (MASSÉ et VERGÉ.)

(3) Pothier, n. 44. [Si le dépositaire n'a rien reçu, à la place de la chose déposée qui lui a été enlevée par force majeure, il doit céder ses actions au déposant, Troplong, n. 133 ; Dalloz, n. 74 ; arg. art. 1935 et 1303.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(4) Si l'héritier a disposé de la chose par donation, il ne pourra jamais être obligé à la restitution, arg. art. 1935 et L. 1, § *ult.*, Dig., *Depositi*. V. aussi Duranton, 18, n. 45. V. cependant § 445. — [Si la chose vendue par l'héritier du dépositaire vient, par une cause quelconque, à rentrer dans ses mains, il est tenu de la restituer au déposant, Troplong, n. 129. —En aucun cas le déposant n'a action contre le tiers qui a acheté la chose de bonne foi, arg., art. 2279, Troplong, n. 130. (MASSÉ et VERGÉ.)

croissements qu'elle a reçus et les fruits qu'il en a perçus. Mais il ne doit l'intérêt des sommes d'argent déposées que du jour où il a été mis en demeure (1) de faire la restitution, art. 1936, à moins qu'il n'ait fait emploi de l'argent (2) sans le consentement exprès ou tacite du déposant, arg. art. 1996.

Le dépositaire doit restituer la chose déposée, soit à celui qui en a fait le dépôt (3), ou à ses héritiers (4), après son

(1) Conformément à l'art. 1139. Ici l'art. 1153 souffre une exception, Duranton, 18, n. 51 ; Troplong, n. 134 ; [Duvergier, n. 469 ; Dalloz, n 79. —Le dépositaire n'est pas tenu des fruits qu'il aurait pu percevoir, mais qu'il n'a pas perçus, Troplong, n. 131 ; Dalloz, n. 76.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) Suivant des auteurs, le dépositaire est tenu des intérêts dès qu'il a fait emploi de l'argent, même sans le consentement exprès du déposant, V. Maleville et Delvincourt sur l'art. 1956, Duranton, 18, n. 52 et s. [Troplong, n. 104 ; Dalloz, n. 65 et 72. L'opinion de ces auteurs doit être suivie, parce que, en faisant un usage non autorisé de l'argent, le dépositaire commet un abus de confiance qui le constitue en demeure de plein droit.—*Contrà*, Duvergier, n. 470.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(3) [Lorsque le dépôt a été fait par un incapable, ce n'est pas à cet incapable, mais à l'administrateur de sa personne ou de ses biens, que la chose déposée doit être restituée, arg. art. 1925, Troplong, n. 138.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(4) [Lorsque le dépôt a eu pour objet une chose indivisible, les héritiers doivent s'accorder entre eux pour la recevoir, art. 1939. Si les héritiers ne se mettent pas d'accord ou ne se présentent pas pour la recevoir le dépositaire peut, selon les auteurs. V. Pothier, n. 54, Troplong, n. 159, la remettre à ceux qui ont la plus grande part dans la succession, moyennant caution de le défendre contre les autres héritiers ou contre les tiers ; mais nous croyons qu'il agirait plus prudemment en ne se dessaisissant du dépôt qu'après s'être fait autoriser par jugement ou par ordonnance de référé à le consigner soit entre les mains d'un héritier, soit entre les mains d'un tiers. V. Duvergier, n. 481 ; Troplong, n. 156 ; Dalloz, n. 94 et s.] — Par la chose indivisible dans le sens de l'art. 1939, il faut entendre une chose qui, si elle était partagée, changerait de forme ou perdrait de sa valeur, Delvincourt, sur l'art. 1939. [V. Troplong, n. 155.]—L'art. 1939 s'applique également au cas où le dépôt a été fait par plusieurs personnes à la fois, Delvincourt, sur l'art. 1939. [Duranton, 18, n. 62 ; Treplong, n. 113 et 252 ; Dalloz, n. 97.] Sur le cas où le dépositaire laisse plusieurs héritiers, V Duranton, 18, n. 62 et s. [Les héri-

décès, V. art. 1939, ou, s'il y a eu changement dans l'état du déposant, à celui qui est chargé de l'administration de ses biens, V. art. 1940 (1) ; soit à celui au nom duquel le dépôt a été fait, V. art. 1941, soit à celui qui a été indiqué pour en recevoir la restitution (2), art. 1937. Il ne peut exiger du dé-

tiers du dépositaire sont tenus de la restitution, chacun pour sa part héréditaire. Cependant si l'un d'eux détient seul le dépôt, il peut être poursuivi pour le tout, Duranton, *loc. cit.;* Dalloz, n. 98] (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) [Mais le dépositaire ne pourrait être recherché si, ayant ignoré le changement d'état qui s'est opéré en la personne du déposant, il lui avait restitué le dépôt, Troplong, n. 162, Dalloz, n. 100.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) Cette délégation est un mandat *de recipiendâ solutione.* Il suit de là qu'après le décès du déposant, qui met fin au mandat, la chose déposée ne peut plus être remise à ce mandataire, elle doit être remise aux héritiers du déposant, art. 2203, Favard, v° *Dépôt,* sect. 1, § 1. — [Quant au mandat donné au dépositaire, la question de savoir s'il est ou non révoqué par le décès du déposant dépend du point de savoir si le mandat a été fait par le déposant, dans des termes purs et simples, ou s'il a entendu que le mandat subsistât et fût exécuté même après sa mort. V. Cass. 16 août 1842, S. V., 42, 1, 850, 29 avr. 1846, S. V., 46, 1, 689 ; Paris, 10 déc. 1850, S. V., 50, 2, 625, 14 mai 1853, S. V., 53, 2, 507. V. Cass., 12 déc. 1815, et Amiens, 16 nov. 1852, S. V., 54, 2, 61. — Le dépôt fait entre les mains d'une personne chargée de remettre la chose déposée à un tiers peut constituer une donation au profit de ce tiers. Cette donation est valable comme don manuel si la chose est remise par le dépositaire avant la mort du déposant. Mais lorsque le déposant vient à décéder avant cette remise, la validité de la donation dépend du point de savoir si le déposant a entendu se dessaisir actuellement de la chose déposée et la donner irrévocablement au tiers indiqué, ou s'il a entendu ne la donner qu'en cas de mort, et en se réservant la faculté de la retirer lui-même avant son décès. Dans le premier cas la donation est valable, comme donation entre vifs ; dans le second cas, elle est nulle comme donation à cause de mort. V. Troplong, n. 146 et s., et Bordeaux, 8 août 1853, S. V., 53, 2, 641]—Le déposant conserve d'ailleurs le droit de retirer lui-même la chose déposée, [pourvu qu'il ne s'en soit pas définitivement dessaisi au profit du tiers auquel le dépôt devrait être remis] Cass., 22 nov. 1819.—Si le dépositaire auquel le déposant réclame la

posant la preuve qu'il est propriétaire de la chose déposée, art. 1938, alin. 1. V. cependant le même article, alin. 2 (1), pour le cas où le dépositaire découvre que la chose est volée et à qui elle a été volée (2).

Le dépositaire doit livrer la chose au lieu où elle se trouve à l'époque de la restitution (3), à moins que le contrat ne

chose oppose qu'il l'a remise à un tiers, suivant le mandat qu'il en a reçu, c'est à lui à faire preuve de ce mandat, Cass., 9 mai 1831, S. V., 31, 1, 203. (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) Cet alinéa ne parait pas applicable au cas où la chose a été perdue. Delvincourt, sur cet article, et Duranton, 18, n. 58, sont d'un autre avis. [Ces auteurs se fondent sur l'équité. V. aussi Dalloz, n. 85; mais l'opinion de ces auteurs n'a rien de juridique: le second alin. de l'art. 1938 est une exception au premier, et cet article n'établissant aucune assimilation entre les choses perdues et les choses volées, il n'est pas permis de suppléer à son silence, sous le prétexte de lui donner une interprétation plus équitable, arg. art. 2279 et 2280; Troplong, n. 144.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) [Dans ce cas, l'art. 1938 veut que le dépositaire dénonce le dépôt au véritable propriétaire, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant, et que, si celui auquel la dénonciation a été faite néglige de réclamer le dépôt, le dépositaire soit valablement déchargé par la tradition qu'il en a faite à celui duquel il l'a reçu. Mais si celui auquel la dénonciation a été faite réclame le dépôt, le dépositaire ne peut le lui livrer qu'après qu'un jugement rendu contradictoirement avec le déposant l'a régulièrement déchargé, à moins que le déposant n'ait consenti à cette remise, Troplong, n. 142 et 143; Dalloz, n. 84.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(3) L'art. 1943 porte dans le lieu même du dépôt. V. L. 12, § 1, Dig., *Depositi*, Duranton, 18, n. 67. [Par ces expressions : dans le lieu même du dépôt, l'art. 1943 entend désigner le lieu où se trouve la chose déposée au moment de la restitution, et non celui où elle était au moment du contrat, autrement le dépositaire serait obligé de transporter la chose d'un lieu dans un autre, ou obligé à des déplacements, et par conséquent soumis à une gêne qui ne serait ni juste ni utile, Pothier, n. 57; Duranton, *loc. cit.*; Duvergier. n. 488; Troplong, n. 163; Dalloz, n. 103.—*Contrà*, Delvincourt, 3, p. 432. Il n'en serait autrement que si le dépositaire ayant un intérêt connu à ce que la chose lui fût remise au lieu même où

détermine un autre lieu pour la livraison, auquel cas le dépositaire doit restituer la chose au lieu déterminé par le contrat; mais alors les frais de transport sont à la charge du déposant, art. 1942 et 1943.

Le dépositaire doit restituer la chose déposée au déposant, art. 1937, à la première réquisition de ce dernier, même dans le cas où un certain délai aurait été fixé dans le contrat pour la restitution, sauf le cas d'opposition de la part des tiers à la restitution ou au déplacement de la chose déposée (1), art. 1944. V. aussi art. 1293.

le dépôt a été effectué, il y avait lieu de supposer qu'il était dans l'intention commune des parties que la restitution se fit dans ce lieu. Il y a plus, et, même en dehors de cette convention présumée, le déposant, s'il y avait intérêt, et en prenant à sa charge, les frais de transport et les risques, pourrait exiger que la restitution lui fût faite au lieu où le dépôt a été effectué, Duranton, n. 97; Duvergier, n. 489; Troplong, n. 170.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) [Il n'est pas nécessaire pour cela d'une saisie-arrêt ou opposition proprement dite; il suffit qu'un tiers prétendant droit à la chose déposée forme opposition à la délivrance entre les mains du dépositaire, et assigne le déposant pour faire reconnaître son droit de propriété; Bordeaux, 28 fév. 1849, S. V., 49, 2, 400.] Mais le dépositaire ne peut refuser de rendre la chose, sous prétexte qu'il saurait que le dépôt a été fait dans l'intérêt d'un tiers. V. cependant Cass., 26 août 1813. — Le dépositaire peut-il en tout temps contraindre le déposant à reprendre la chose? V. L. 5, § 2 et 7. Dig., *Depositi*, Duranton, 18, n. 57. [Lorsque la durée du dépôt n'a pas été fixée, le dépositaire a, comme le déposant, le droit de mettre, quand bon lui semble, un terme au dépôt et de rendre la chose, Troplong, n. 178; Dalloz, n. 110. Mais il en serait autrement s'il s'était engagé à conserver la chose pendant un temps déterminé, à moins toutefois qu'il n'eût un intérêt grave à cesser d'être chargé de la garde de la chose. Troplong, *ibid.* — La détermination ou fixation du délai n'a pas besoin d'ailleurs d'être expresse; elle peut résulter des circonstances mêmes dans lesquelles le dépôt a eu lieu: et, par exemple, lorsque le dépôt a été motivé par un voyage que devait faire le déposant, il paraît évident que le dépositaire ne peut se faire décharger avant le retour de celui-ci, bien que rien n'ait été stipulé à cet égard, Dalloz, *eod*.] (MASSÉ et VERGÉ.)

[ARTICLE 1803.]

Le dépositaire infidèle (1) n'est pas admis au bénéfice de la cession de biens (2), art. 1945.

Toutes les obligations du dépositaire cessent s'il vient à découvrir et à prouver qu'il est lui-même propriétaire de la chose déposée, art. 1946 (3).

1803. Le dépositaire ne peut se servir de la chose déposée sans la permission de celui qui a fait le dépôt.

1803. The depositary has no right to use the thing deposited without the permission of the depositor.

---

* *C. N.* 1930. } Il ne peut se servir de la chose déposée, sans la permission expresse ou présumée du déposant.

---

* *Institutes, liv.* 4, *tit.* 1, § 6. } Furtum autem fit, non solùm cùm quis intercipiendi causâ rem alienam amovet, sed generaliter cùm quis alienam rem invito domi-

(1) [Le dépositaire infidèle est celui qui détourne ou dissipe le dépôt, qui en nie l'existence ou en viole frauduleusement les conditions; mais non celui qui n'a fait que se rendre coupable d'un défaut de soins exempt de dol caractérisé, Troplong, n. 180.] (Massé et Vergé.)

(2) Le dépositaire infidèle n'étant pas contraignable par corps, art. 2060, semble n'avoir pas besoin de ce bénéfice. Pr., art. 126, Duranton, 12, p. 271. [Sans doute, le dépositaire ne peut être contraint par corps à représenter la chose déposée, Cass., 18 nov. 1834, S. V., 34, 1, 777; Troplong, n. 181; Dalloz, n. 112, mais son retard à la restituer le rendant passible de dommages-intérêts, le juge pourrait, si ces dommages-intérêts excédaient 300 fr., y attacher la contrainte par corps, en vertu de l'art. 126, Pr., et alors le bénéfice de cession de biens que la loi refuse au dépositaire pourrait lui être utile. Troplong, n. 182; Dalloz, *loc. cit.*; Duvergier, n. 500.] (Massé et Vergé.)

(3) [Soit que le droit de propriété dont justifie le dépositaire ait pris naissance avant ou après le dépôt, Troplong, n. 186.] (Massé et Vergé.)

no contrectat (CAIUS ; 3, *inst.* 195). Itaque, sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est eâ re utatur, sive is qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat quam cujus gratiâ ei data est, furtum committit (*ex* CAIO ; *ibid.* 196 ; *L.* 54, ff. *de furt.*) ; veluti, si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cœnam invitaturus, et id peregrè secum tulerit ; aut si quis equum gestandi causâ commodatum sibi, longiùs aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem equum perduxisset. (CAIUS ; *ibid.—vid.* ULP. *L.* 5, § 8, ff. *commod.* PAUL. *L.* 40, ff. *de furt.*)

Ibidem. }
Trad. de Du Caurroy. } Il y a vol, non seulement lorsqu'on soustrait la chose d'autrui pour se l'approprier ; mais en général, lorsqu'on détourne la chose d'autrui sans la volonté du propriétaire. Par conséquent, si le créancier se sert du gage, ou le dépositaire, de la chose à lui déposée ; si l'emprunteur qui reçoit un objet pour s'en servir, l'emploie à un autre usage que celui pour lequel on lui a confié l'objet, il commet un vol : par exemple, lorsqu'on emprunte de l'argenterie, comme devant inviter ses amis à un repas, et qu'on l'emporte en voyage ; ou bien lorsqu'après avoir emprunté un cheval pour faire une course, on le conduit plus loin. Les anciens l'ont ainsi décidé pour le cas où l'on conduirait le cheval à la guerre.

---

* *ff. Depositi vel contra, liv.* 16, }
tit. 3, *L.* 25, § 1, *L.* 29. } *L.* 25, § 1. Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet depositam, ad usus proprios convertit, post moram in usuros quoque judicio depositi condemnandus est (PAPINIANUS).

L. 29. Si sacculum, vel argentum signatum deposuero, et is, penes quem depositum fuit, me invito contrectaverit, et depositi, et furti actio mihi in eum competit.

1. Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in cæteris bonæ fidei judiciis, usuras ejus nomine præstare mihi cogitur (PAULUS).

Ibidem. } *L.* 25, § 1. Celui qui, ayant reçu en dé-
Trad. de M. Hulot. } pôt une somme qui étoit dans un sac non cacheté, sous la condition de rendre une pareille somme, l'emploie à son usage, doit être condamné, en vertu de l'action du dépôt, à payer les intérêts de cette somme du jour qu'il est en demeure de la rendre (PAPINIEN).

L. 29. Si j'ai déposé de l'argent renfermé dans un sac ou cacheté, et que le dépositaire s'en soit servi sans mon consentement, j'ai contre lui l'action du dépôt et celle du vol.

1. Si le dépositaire se sert avec ma permission de l'argent que je lui ai déposé, il sera obligé de m'en payer les intérêts, comme cela se pratique dans toutes les autres actions de bonne foi (PAUL).

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Du* } 34. *Corollaire II.* — La fidélité
Dépôt, *n°* 34 *et s.* } que le dépositaire doit à la garde du dépôt, l'oblige, en second lieu, à ne se pas servir des choses qui lui ont été confiées ; à moins que ce ne soit avec la permission expresse ou présumée de celui qui les lui a données en dépôt ; car les choses qui lui ont été données en dépôt, ne lui ont été données que pour les garder.

Le dépositaire qui se sert des choses confiées à sa garde, sans le consentement, au moins présumé, de celui qui les lui a confiées, non seulement viole la fidélité qu'il doit à la garde du dépôt ; il se rend de plus coupable de vol : *Qui rem depositam, invito domino, sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit :* L. 3, Cod. *Depos.*

Ce vol n'est pas, à la vérité, le vol de la chose même, mais c'est un vol de l'usage de cette chose ; et le vol de l'usage d'une chose, quoique différent du vol de la chose même, ne laisse pas d'être un véritable vol. C'est ce qui résulte de la définition que les lois nous donnent du vol : *Furtum est contrectatio rei fraudulenta, lucri faciendi gratiâ, vel ipsius rei, vel* ETIAM USUS EJUS, *possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere ;* L. 1, § 3, ff. *de Furt.*

En effet, l'usage de la chose d'autrui ne nous appartient pas plus que la chose même ; c'est pour nous un bien d'autrui auquel la loi naturelle ne nous permet pas de toucher : *Abstine ab alieno.*

La chose déposée n'est point entre les mains du dépositaire comme chez lui ; elle y est comme chez celui qui la lui a donnée en dépôt, et à qui il est censé prêter le lieu où il l'a mise pour l'y garder. C'est pourquoi le dépositaire ne commet pas moins un vol lorsqu'il l'en déplace pour s'en servir que celui qui emporterait furtivement une chose de la maison de celui à qui elle appartient, avec le dessein de la rendre après qu'il s'en serait servi.

De ce principe, "qu'il n'est pas permis au dépositaire de se servir des choses qu'il a en dépôt, sans le consentement de celui qui les lui a confiées," M. de Saci, dans son *Traité de l'Amitie*, en a tiré cette conséquence, que, même dans le cas auquel le dépositaire aurait besoin d'une somme d'argent qu'il a en dépôt, pour sauver la vie à son intime ami, il devrait plutôt laisser périr son ami, que de violer la foi du dépôt, en touchant à cette somme sans la permission de celui qui la lui a donnée en dépôt.

Je pense néanmoins que cette décision doit souffrir une modification, qui est, que, si celui qui a donné l'argent en dépôt, n'est pas sur les lieux, et que le besoin soit si pressant, que le dépositaire ne puisse pas, en lui écrivant, recevoir de lui assez à temps une réponse qui accorderait la permission de se servir de l'argent, et que d'ailleurs le dépositaire ait le moyen de rendre cette somme, il peut, en ce cas, se servir de la somme qu'il a en dépôt pour sauver la vie à son ami ; car, à défaut d'une permission expresse de la personne à qui elle appartient, il a un juste sujet de croire que cette personne a assez d'humanité pour être dans la disposition de volonté de permettre qu'on se serve de son argent pour un cas aussi favorable que celui de sauver la vie à un homme. C'est donc, en ce cas, avec le consentement présumé de la

personne qui lui a donné l'argent en dépôt, qu'il s'en sert, et il ne viole pas par conséquent la foi du dépôt (1).

35. Pour que le dépositaire se rende coupable de vol en se servant des choses qui lui ont été confiées, il faut que ce soit *invito domino*; ce qui ne doit pas s'entendre en ce sens, qu'il faille qu'il le lui ait défendu. Il suffit qu'il n'y ait pas consenti; car le terme *invitus* signifie seulement *non volens*; c'est l'interprétation qu'en donne Ulpien. En matière de vol, dit-il, *vetare dominum accipimus etiam eum qui ignorat, hoc est eum qui non consensit;* L. 48, § 3, ff. *de Furt.*

Mais lorsque le dépositaire ne s'est servi des choses qui lui ont été confiées, que du consentement, ou exprès, ou même seulement présumé, de celui qui les lui a confiées, il n'est coupable ni de vol, ni même d'infidélité à la garde du dépôt.

36. Pour que le consentement soit présumé, il ne suffit pas que le dépositaire, pour se flatter, se persuade que celui qui lui a confié le dépôt, aurait consenti à l'usage qu'il fait des choses déposées, s'il lui en eût demandé la permission : il faut qu'il ait un juste sujet de croire qu'il la lui aurait accordée; comme si la chose qu'il lui a donnée à garder, est une chose qu'il lui avait prêtée auparavant plusieurs fois, et toutes les fois qu'il la lui avait demandée à emprunter.

Quelque sujet qu'ait le dépositaire de croire que celui qui lui a donné une chose en dépôt, est dans la disposition de volonté de lui permettre de s'en servir, il ne doit s'en servir sans lui en demander la permission, que lorsqu'il n'est pas à portée de la lui demander, *putà*, parce qu'il est absent. Mais si étant à portée de la lui demander, il ne le fait pas, c'est une marque qu'il craint un refus, et qu'il n'est pas bien certain du consentement.

37. Il y a des usages de la chose donnée en dépôt, à l'égard

(1) Ne suffirait-il même pas que le dépositaire eût les moyens de rendre cette somme? La décision de M. de Saci est inhumaine (BUGNET).

desquels on présume plus ou moins difficilement le consentement de celui qui l'a donnée en dépôt.

Par exemple, lorsqu'on a donné en dépôt des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, comme de l'argent, on ne présume que très-difficilement le consentement de celui qui les a données en dépôt, pour que le dépositaire se serve de cet argent; ce qui ne se peut faire qu'en convertissant le dépôt en prêt.

A l'égard des choses qui ne se consomment pas, à la vérité, par l'usage, mais qui se détériorent par l'usage qu'on en fait, comme du linge, on ne doit encore présumer que très difficilement que celui qui les a données en garde, ait consenti qu'on s'en servît.

On présume plus facilement le consentement de celui qui a donné quelque chose en dépôt, pour les usages de cette chose qui ne la peuvent détériorer, comme si quelqu'un m'a laissé en dépôt un chien couchant, on doit facilement présumer son consentement pour que je m'en serve à la chasse des perdreaux; car, bien loin que cet usage que je ferai de son chien le détériore, au contraire il ne peut lui être qu'avantageux, en l'entretenant dans l'habitude qu'il a d'arrêter le gibier.

Lorsqu'un savant, n'ayant pas chez lui de quoi loger ses livres, les a mis en dépôt chez un de ses amis, c'est surtout en ce cas qu'on doit présumer son consentement à l'usage qu'en voudra faire son ami en les lisant; car un vrai savant, qu'on doit présumer aimer la vérité, ne désire rien tant que d'en procurer aux autres la connaissance, par la lecture qu'ils feront de ses livres.

Sans ce consentement présumé de celui qui a donné la chose en dépôt, il n'est pas permis à un dépositaire de se servir des choses qui lui ont été confiées; il est surtout défendu aux dépositaires de deniers de s'en servir pour leurs affaires. La certitude morale qu'ils prétendraient avoir d'être en état de trouver et de représenter la somme lorsque celui qui la leur a confiée la demandera, n'est pas une raison suf-

fisante pour les excuser du vol qu'ils commettent en s'en servant.

J'ai été surpris de voir dans un auteur moderne de théologie morale, qu'un dépositaire pouvait licitement et sans péché se servir, pour ses affaires, des deniers qu'il avait en dépôt, lorsqu'il avait cette certitude morale, pourvu que celui qui les lui a donnés en dépôt, ne les lui eût pas donnés dans un sac cacheté, ou ne lui eût pas fait connaître de quelque autre manière, qu'il ne voulait pas qu'il s'en servit.

Il est très faux qu'il doive suffire au dépositaire que l'usage des deniers ne lui ait pas été défendu; il faut qu'il ait le consentement de celui qui les lui a donnés en dépôt, ou qu'il ait un juste sujet de le présumer; sans cela, il est un voleur s'il s'en sert.

Troplong, Dépôt, sur art. 1930 *C. N.* } 97. Le dépôt ne transfère pas au dépositaire l'usage de la chose déposée. Il ne lui en donne que la garde (article 1915). Si le contrat a une autre fin que la garde de la chose, s'il en donne principalement l'usage, il est une déviation du dépôt. C'est pourquoi Cujas a très-bien dit: " *Depositum consistit ex custodia, non ex usu... Quæ depositæ pecuniæ usum permittit pactio, aberrat a natura depositi* (1)."

98. Donc, dans un vrai dépôt, le dépositaire ne peut se servir de la chose ou *s'en ayder*, comme disent quelquefois nos anciens jurisconsultes (2). S'il le fait, il commet une faute lourde, un vrai dol, qui le soumet à une grave responsabilité (3). Les Romains allaient même jusqu'à voir un vol dans cette infidélité. Notre code pénal (art. 408) punit

(1) Cujas, *Quæst. papin.*, lib. IX, l. 21, D., *depositi. Junge* Noodt, *Depositi*, p. 284, col. 2, et p. 285.

(2) Brillon, *Dépôt*, n° 4.

(3) L. 3, C., *depositi* (Gordianus); l. 4, C., id., *ib.;* Paul, l. 29, D., *depositi.*

comme un abus de confiance le détournement ou la dissipation de la chose confiée à titre de dépôt.

99. Lorsque ce sont des sommes d'argent qui ont été déposées, il arrive quelquefois que la certitude morale qu'a le dépositaire d'être en état de représenter la chose le porte à s'en servir; et des théologiens ont émis l'opinion que le dépositaire, en agissant ainsi, ne viole aucun principe de morale et de droit, pourvu que l'argent ne soit pas contenu dans des sacs cachetés.

En principe, cette doctrine est dangereuse; et, sous prétexte d'une certitude morale souvent hasardée, il serait facile d'en abuser. Nous approuvons donc la sévérité de Pothier, qui combat (n° 37) cette tolérance des théologiens. Nous croyons qu'il est plus prudent et plus sage de s'en tenir au principe écrit dans les lois romaines, à savoir, que l'argent déposé ne doit pas être employé par le dépositaire (1).

Cependant, il ne faudrait pas pousser ce principe jusqu'à une rigueur exagérée. Vous venez me déposer 3,000 francs, que je place dans un tiroir, tandis que j'ai dans un autre tiroir une somme égale ou supérieure qui m'appartient. Que je me serve de cette dernière somme ou de la vôtre, peu importe, pourvu que je reste toujours nanti d'une somme égale, et que je ne m'expose pas à un découvert qui peut vous compromettre. C'est ce qui résulte d'un arrêt du parlement de Paris du 4 juin 1720, rapporté par Merlin (2).

100. Le dépositaire ne peut donc se servir de la chose qu'autant que le déposant lui en a donné la permission (3).

(1) Add. Op. conf. de Duvergier, n° 446, où il dit: " La probité de Pothier ne pouvait s'accommoder des capitulations de conscience et des subtiles distinctions des casuistes; l'énergie inaccoutumée de ses paroles ajoute ici à l'autorité de son opinion. La doctrine relâchée qui excite cette honnête colère pourrait bien se reproduire de notre temps. J'ai donc cru devoir rappeler la réprobation qui lui a été infligée."

(2) V° *Dépôt*, § 4, n° 13 (note); *infrà*, n° 104, *in fine*.

(3) Paul, l. 21, et l. 1, D., *depositi*.

[ARTICLE 1803.]

100 2° (1).

101. Cette permission peut être contemporaine du contrat ou lui être postérieure. Dans l'un et l'autre cas, elle n'enlèvera au dépôt son caractère pur qu'autant que l'usage concédé sera l'affaire principale intervenue entre les parties. Car si l'usage permis n'est que secondaire et accidentel, le dépôt restera pur et simple et ne sera pas affecté par cette concession (2).

102. Si cependant la chose déposée était fongible, et que ce fût par exemple une somme d'argent, comme dans le passage de Cujas cité au numéro 97, la permission de s'en servir donnerait au contrat une altération plus profonde et lui imprimerait le caractère de dépôt irrégulier, ainsi que nous le verrons plus bas avec détail (3).

103. La permission peut être expresse ou tacite, textuelle ou présumée (4). On ne présume pas facilement la permis-

(1) Add. *Quand sera-t-il censé s'en servir ?*—O. Leclercq, t. VI, p. 423, répond : " Il est clair qu'il s'en sert lorsqu'il le dépense ; je crois encore qu'il devient emprunteur, lorsqu'il le retire du lieu où il était déposé, avec l'intention d'en faire usage, comme s'il se transportait avec cet argent hors de son domicile, avec l'intention d'acheter quelque chose, ou de payer une dette ; s'il venait à périr en route, s'il le perdait, s'il lui était volé, cette perte serait pour le dépositaire, qui n'est déjà plus qu'un emprunteur."

(2) *Suprà*, n° 28.

(3) *Infrà*, n° 115, sur l'art. 1932 ; *suprà*, n°s 33, 91, 93.

(4) *Textus hic ;* Pothier, n°s 36 et 37.

Add. Duvergier dit, n° 445 : " Pothier fait très-bien remarquer " qu'il " ne suffit pas que le dépositaire pour se flatter se persuade que celui " qui lui a confié le dépôt aurait consenti à l'usage qu'il fait des choses " déposées ; qu'il faut qu'il ait un juste sujet de croire qu'il le lui aurait " accordé, comme si la chose qu'il lui a donnée à garder est une chose " qu'il lui avait prêtée auparavant plusieurs fois et toutes les fois qu'il " la lui avait demandée à emprunter."

" Il ajoute que la permission se présume très-difficilement pour les choses qui se consomment par l'usage et même pour celles que l'usage détériore ; qu'on peut, au contraire, l'admettre avec assez de facilité pour les choses auxquelles on ne nuit point en s'en servant."

sion de se servir des sommes d'argent déposées (1), ou des choses qui se détériorent par l'usage qu'on en fait (2). Au reste, tout dépend des circonstances (3).

103. 2° (4).

(1) Pothier, n° 37.

(2) Idem, *ibid.*

(3) Add. Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 390, dit à ce sujet: " Quand y a-t-il permission présumée? Cela est remis à la décision du juge, qui consultera à cet égard les rapports d'amitié ou d'habitude qui pouvaient exister entre le déposant et le dépositaire. La permission se présumera plus facilement à l'égard des choses qui se détériorent peu par l'usage, comme un livre, un cheval; plus difficilement, à l'égard des choses qui, quoique non fongibles, se détériorent aisément, comme du linge; très-difficilement, si c'est une chose fongible. Au surplus, comme il a été dit précédemment, jusqu'au moment où le dépositaire s'est servi de la chose déposée, il y a eu dépôt; depuis, et en supposant la permission du déposant, il y a eu commodat, si la chose était non fongible; ou prêt de consommation, dans le cas contraire."

Duranton, n° 41, dit sur la question: " Cette permission serait présumée d'après les circonstances, surtout d'après les relations de parenté ou d'amitié qui existeraient entre les parties, et la nature de la chose remise à dépôt; car on présumera plus volontiers, si c'est une paire de flambeaux, une table ou autre meuble peu sujet à se détériorer, que le déposant a consenti à ce que le dépositaire pût s'en servir dans un cas de besoin, que si c'était du linge, des hardes, ou autre chose sujette à s'user ou à se détériorer. Et quand il s'agira de numéraire ou autre chose fongible, on présumera très-difficilement que le déposant a consenti tacitement à ce que le dépositaire pût s'en servir, de manière à convertir le contrat de dépôt en contrat de prêt; attendu que si le premier de ces contrats est moins avantageux au déposant, à raison de ce que la perte arrivée par cas fortuit le concerne, tandis que, dans le second, elle concernerait celui qui a reçu les choses; d'un autre côté, l'action de dépôt est généralement plus avantageuse que celle du prêt, et la novation ne se présume pas."

(4) Add. *De quelle faute répond le dépositaire qui a permission de se servir du dépôt?*—Duranton dit, n° 41 : " Au surplus si le dépositaire a employé les choses à son propre usage ou pour son avantage, par exemple, s'il a placé l'argent déposé, la perte survenue par l'insolvabilité du tiers le concerne indubitablement. Et quand il s'agit d'un meuble, il

[ARTICLE 1803.]

104. Quand le depôt consiste en sommes d'argent et que le dépositaire s'en est indûment servi, les lois romaines et leurs commentateurs décident qu'il est redevable de plein droit des intérêts (1), à partir de l'emploi (2). Quelle en est la raison ?

Dumoulin, se fondant sur un passage de la loi 3, C., *depositi*, a essayé de la donner en ces termes : Bien qu'il n'y ait ni convention pour faire courir les intérêts, ni mise en demeure, ils n'en sont pas moins dus ; car le dépositaire, pouvant être poursuivi *in duplum* par l'action de vol, doit se féliciter de ce que le déposant a préféré la voie plus douce de l'action *depositi*, et la simple demande des intérêts légaux : " *Magis gratulari quod minus cum eo agitur.*" Mais il ne faut pas croire pour cela que les intérêts légaux viennnent directement de la nature et de l'énergie de l'action *depositi :* " *Directo sive ipsa vi vel natura actionis depositi.*" Ce serait une grande erreur. Ils prennent leur source dans cette circonstance accidentelle et étrangère à la nature de l'action intentée, à savoir, que le déposant pourrait agir par une action plus grave contre le dépositaire, et qu'il le ménage en se bornant aux intérêts : " *Sed veniunt (usuræ) accidentaliter præter* " *naturam actionis intentatæ, propter illud extrinsecum acci-* " *dens, quod actor graviorem actionem amittit, ad commodum* " *depositarii.*" (N° 627).

répond de toute espèce de faute commise pendant qu'il s'en sert, s'il le fait sans la permission du déposant. Il doit au moins être traité, dans ce cas, comme le serait un commodataire, mais si la permission de se servir du meuble lui a été accordée, expressément ou tacitement, il ne doit répondre que de la faute moyenne commise pendant qu'il s'en sert, et non de la faute très-légère, attendu que, à la différence du commodataire, il rend aussi un service."

Deleurie dit, n° 11404 : " Le dépositaire, dans ce cas, est tenu des dommages-intérêts qui s'ensuivent." Voyez ci-après, n° 107, note 6 de la page 347.

(1) L. 3, 4, C., *depositi.*

(2) Dumoulin, *De usuris*, n° 626 ; Scævola, l. 28, D., *depositi.*

Si ces raisons étaient la base unique des décisions du droit romain, elles ne seraient plus applicables sous le code civil. Comme nous ne connaissons pas l'action *in duplum*, le déposant n'aurait au civil que l'action de dépôt (*depositi directa*), dont la nature, au dire de Dumoulin, ne comporte pas d'intérêts de plein droit.

Et quant à l'action correctionnelle pour abus de confiance, le déposant ne pourrait en tirer argument pour dire au dépositaire : Pourquoi vous plaignez-vous de ce que je vous réclame des intérêts de plein droit ? Ne me devez-vous pas des remercîments d'avoir préféré cette demande à l'action pénale ? Non, répondrait le dépositaire ; car votre option n'empêche pas le ministère public de pouvoir me poursuivre, et alors les intérêts viendront se cumuler avec la peine de l'article 408. Jamais le droit romain n'a voulu autoriser ce double emploi.

Mais, hâtons-nous de le dire, Dumoulin, contre son ordinaire, n'a pas mis le doigt sur la raison première et déterminante du droit romain. Il s'est attaché à une simple considération, oubliant un principe supérieur écrit dans les textes les plus respectables. Qu'est-ce, en effet, que l'application de la chose déposée aux besoins du dépositaire ? Un abus de confiance, un délit que les Romains englobaient dans la catégorie du vol. Or ne sait-on pas que le vol mettait le coupable en demeure de plein droit (1) ? N'est-ce pas une règle invariable que la chose ainsi détournée passait aux risques du détenteur, de telle sorte qu'il était responsable même de la force majeure, tout aussi bien que s'il eût été mis en demeure par des actes exprès ? C'est pourquoi Doneau, remontant plus haut que Dumoulin, enseignait que si les lois 3 et 4 au C., *depositi*, soumettaient à des intérêts de plein droit le dépositaire infidèle, c'est parce qu'en employant à ses propres besoins l'argent déposé, il avait commis le genre de délit qui

(1) L. 8, § 1, D., *de condict. furtiva ;* l. 20, D., *idem ;* l. 7, C., *de condict. ob turp. caus. ; infrà,* n° 107.

met en demeure par la force des choses, et équivaut à une interpellation : " Depositarius, in deposito, duobus modis " moram facit : uno modo, si interpellatus depositum non " reddat ; altero modo, si pecuniam depositam in usus suos " convertat (1)." Et plus bas : " Is qui pecuniam in suos " usus convertit, hoc ipso moram facit, ut non sit necessaria " alia mora (2)."

Je conviens, avec Dumoulin, que les intérêts ne sont pas dans l'obligation directe du dépositaire ; qu'ils sont demandés et infligés *extra rem* (3). Mais qu'importe, puisque la demande en est légitimée par l'inaccomplissement de l'obligation, qui mérite une peine ?

Au reste, Dumoulin lui-même ne contestait pas que les intérêts ne fussent dus, et c'est l'opinion de tous les auteurs antérieurs au code civil. Un arrêt du parlement de Pau, du 12 janvier 1678, l'a ainsi décidé (4).

Doit-il en être autrement aujourd'hui ? Je ne le pense pas (5). Les articles 1146 et 1153 ne sont pas une objection

(1) Sur la loi 2, C., *depositi*, n° 2.

(2) Sur la loi 3, C., *depositi*, n° 1.

(3) Doneau, sur la loi 4, C., *depositi*, n° 4.

(4) *Répert.* de Merlin, v° *Intérêt*, § 4, n° 13 (note).

(5) Delvincourt, t. III, notes, p. 432 ; Duranton, t. XVIII, n° 53 ; Dalloz, *Dépôt*, p. 36, n° 12 ; *contrà*, Duvergier, n° 470.

Add. Où il dit : " Alors même qu'on établirait contre le dépositaire qu'il s'est servi des sommes déposées, il n'en devrait pas les intérêts avant la mise en demeure.

" Tous les auteurs se prononcent, je le sais, pour l'opinion opposée ; ils invoquent le texte de plusieurs lois romaines et les dispositions des art. 1846 et 1996, qui condamnent l'associé et le mandataire à payer les intérêts des sommes appartenant à la société ou au mandant, du jour où ils les ont employées à leur usage.

" On peut répondre d'abord que le principe général de notre législation est que les intérêts ne courent qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi ; qu'ainsi, pour mettre les intérêts à la charge du dépositaire,

sérieuse contre cet avis, puisqu'en principe le détournement frauduleux contient une mise en demeure implicite et nécessaire. L'art. 1302 du code civil, en effet, le décide ainsi toutes les fois qu'il s'agit de la perte occasionnée par force majeure. Il en rend le détenteur responsable parce qu'il voit dans la soustraction une véritable mise en demeure équivalant à une interpellation. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi pour faire courir les intérêts ? S'il y a interpellation implicite pour mettre la force majeure à la charge du délinquant, pourquoi pas pour lui faire supporter les intérêts ?

La seule objection spécieuse qu'on pourrait faire contre ce système, c'est que l'art. 1302 ne place à l'etat de demeure que le voleur d'une chose, et que, d'après la théorie de notre code pénal, l'abus de confiance, en matière de dépôt n'est pas un vol caractérisé. Néanmoins, je pense que le mot vol ne doit pas être pris, dans l'article 1302, avec une signification restrictive, et qu'il embrasse tous les cas que le droit romain englobait dans le *furtum* (1).

Après cela, on peut tirer une analogie des articles 1846 et 1996 du code civil. Je reconnais cependant que les cas ne

il faudrait qu'un texte précis eût dit pour lui, ce qui est dit pour l'associé et le mandataire.

" On peut ajouter que l'analogie entre la position de ceux-ci et celle du dépositaire n'est pas complète. L'associé qui prend de l'argent dans la caisse sociale, et le mandataire qui se sert des deniers de son mandant, appliquent à leurs besoins des sommes qu'ils devraient faire fructifier pour la société, ou pour le mandant, qu'ils devraient du moins leur restituer. Le dépositaire n'est pas tenu de la même manière. Sans doute, il manque à ses obligations, en ce qu'il use de la chose qu'il devrait garder ; il en tire un profit illicite, mais il n'enlève pas au déposant un bénéfice qu'il était chargé de lui procurer, et il ne conserve pas ce qu'il devait restituer immédiatement.

" Ces différences sont assez graves, pour que le législateur ait pu, sans mériter le reproche d'inconséquence, ne pas étendre au dépositaire l'obligation qu'il a imposée à l'associé et au mandataire."

(1) *Infrà*, nº 107, il y a un cas qui se lie à celui-ci et sert à fortifier notre solution.

sont pas identiques, et que ce dernier argument n'est pas à lui seul décisif.

Du reste, on fera bien de consulter les circonstances pour savoir si, par une interprétation favorable sans être forcée, il ne serait pas possible de supposer un consentement probable du déposant à l'usage de la chose déposée. C'est peut-être en admettant l'existence de ce cas de bonne foi que le parlement de Pau, par un arrêt du 4 juin 1720 (1), déchargea de la demande d'intérêts de plein droit un avocat qui ne s'était servi de l'argent déposé que parce qu'il était en état de le rendre toujours et à chaque instant, et qu'il n'en avait fait aucun profit.

Mais nous disons, qu'en thèse ordinaire, et lorsqu'il y a abus caractérisé, les intérêts sont dus *ex mora*.

105. Maintenant, si l'on nous demande si le dépositaire doit, outre les intérêts, les avantages et profits qu'il a pu retirer du détournement de l'argent déposé, nous nous prononcerons pour la négative.

Formulons d'abord un exemple. La jurisprudence en signale un très-mémorable et très-curieux :

Un seigneur avait déposé chez un notaire 400,000 livres. Un financier se présenta chez ce notaire et dit au maître clerc que s'il pouvait lui prêter dans les vingt-quatre heures 400,000 livres, il s'engageait à les rendre dans un mois avec 100,000 livres en sus. Le clerc ne sut pas résister à cette offre séduisante ; il livra les 400,000 livres à l'insu de son patron. Heureusement que l'emprunteur tint sa promesse : les 400,000 livres furent restituées avec la prime de 100,000 livres (2). En droit, le propriétaire des 400,000 livres pouvait-il prétendre que ce bénéfice devait lui revenir ? — Dans un cas semblable, Balde (3) et Philippe Dèce (4) soutiennent

(1) Cet arrêt est cité par Merlin, *Répert.*, v° *Intérêt*, § 4, n° 13 (note). Voy. *suprà*, n° 99.

(2) Aublet de Maubuy, *Dépôt*, p. 41, cite cet exemple remarquable.

(3) Sur la loi 2, C., *pro socio*, q. 10.

(4) Sur la loi *certi condict.*, § *fin.*, n° 3, *de reb. cred.*, et *si cert. petat.*

l'affirmative. Ils se fondent sur la loi *qui sine*, 38, D., *de negot. gest.*, et sur ce que le dépositaire ne doit pas s'enrichir par la chose déposée. Mais Dumoulin leur reproche d'être tombés dans une erreur supine, *nimis supine labuntur;* et d'avoir à la fois péché contre les principes généraux et contre les textes particuliers à la matière (1). C'est une règle vulgaire, en effet, que la chose achetée de mauvaise foi par un tiers avec mon argent ne m'appartient pas et ne doit pas m'être rendue (2); et l'empereur Gordien le décide même expressément dans le cas d'un achat fait par un dépositaire infidèle avec l'argent déposé (3). En vertu de ce principe, les théologiens ont enseigné avec raison que lorsque l'usurier fait de gros bénéfices avec l'argent soutiré par l'usure, il n'est tenu que du dommage qu'il a causé, et non pas de restituer ces bénéfices extrinsèques (4). Il est donc certain que le dépositaire ne peut être recherché pour les avantages qu'il s'est procnrés par son industrie ou son négoce. Il n'en doit pas compte au déposant, à qui il suffit de ne pas perdre (5).

(1) *De usuris*, n° 628.

(2) L. 17, C., *de pignorib.* (Diocl. et Maxim.)

(3) L. 6, C., *de rei vindicat.*

(4) Saint Thomas, II, 2, quæst. 74, art. 3 et autres.

(5) Add. Dalloz, *Dépôt*, sect. I, art. 2, n° 13, rapporte l'espèce citée par Aublet de Maubuy, qui, dit-il, tout tout en déclarant laisser la question indecise, paraît incliner à penser que la somme appartient au maître clerc ; car il termine par ces réflexions : " C'est à l'imprudence du clerc que l'emprunteur doit le profit qu'il a retiré ; le dépositaire et le déposant n'ont, par l'événement, reçu aucun dommage ; n'en sera-il pas comme d'un joueur qui, s'exposant aux hasards du jeu, gagne avec le dépôt une somme considérable ? Il a violé le dépôt ; mais il n'en est pas moins vrai que le gain lui appartient, parce qu'on ne peut pas dire que le dépôt dans les mains du propriétaire lui aurait été aussi profitable."

Après ce passage, Dalloz ajoute, p. 60 : " Cette opinion repose sur deux raisons dont la première est une comparaison qui n'offre qu'une pétition de principe, et la seconde se réfute, par cette observation que si l'on

Et quant à la loi *qui sine*, alléguée par Balde, comment ce jurisconsulte n'a-t-il pas vu qu'elle n'est pas applicable? Elle est relative à un administrateur qui a pris la gestion de mes affaires, qui, par conséquent, me doit compte de ce que lui a

refusait au propriétaire les profits obtenus avec le dépôt sous prétexte que la somme n'aurait pas été aussi profitable entre ses mains, on pourrait aussi, par le même motif, lui contester le simple intérêt de l'argent déposé. Car, on ne peut pas affirmer non plus que cet argent aurait produit des intérêts, s'il n'eût pas été confié au dépositaire qui s'en est indûment servi, et cependant on reconnaît que cet intérêt est dû au déposant. D'ailleurs, si l'on ne peut pas dire que la somme n'eût été aussi profitable entre les mains du déposant, on ne peut pas non plus dire le contraire; ce qui prouve de plus en plus que l'argument qu'on examine ici ne saurait justifier la solution à l'appui de laquelle il est invoqué. Pour nous, nous pensons avec Balde, et contre la grave autorité de Dumoulin, que les profits obtenus par le dépositaire avec le dépôt dont il a usé sans autorisation, sont la propriété exclusive du déposant, comme le dépôt lui-même et les intérêts qu'il a produits. Ainsi le veulent à la fois la morale, l'équité et les principes du droit. *La morale*, elle ne permet pas que le dépositaire qui a enfreint la foi sacrée du dépôt puisse recueillir le fruit de son infidélité; ce serait encourager la cupidité, et offrir une prime à la déloyauté intéressée. *L'équité;* le déposant n'a-t-il pas couru, quoique sans le savoir, le risque de perdre le dépôt, si l'usage qui en a été fait par le dépositaire avait été malheureux? Car cet usage pouvait être ruineux, comme il a été lucratif, et le propriétaire était exposé à ne retrouver à la place de son argent qu'un recours illusoire contre un débiteur insolvable. Si donc le propriétaire a couru un danger, il est juste qu'il ait le profit. Le dépositaire ne peut se prévaloir ni des risques qu'il a pu courir lui-même, ni de l'industrie qu'il a exercée; ces risques et l'exercice de cette industrie avec les fonds déposés lui étaient interdits par le déposant qui aurait pu les lui permettre s'il avait eu l'intention de s'associer aux dangers qui pouvaient en résulter pour le dépôt. Enfin nous invoquons *les principes du droit;* il n'en est pas de plus élémentaire que celui qui défend de s'enrichir par une action que les lois réprouvent: *nemo ex delicto suo debet consequi emolumentum;* et comme on le dit plus haut, nº 10, et plus bas, sect. III, l'emploi d'un dépôt d'argent, sans le consentement du propriétaire, caractérise le délit de violation de dépôt prévu par l'art. 408 du code pénal. Mais, d'ailleurs, l'usage que fait le dépositaire de l'argent du déposant, et à l'insu de celui-ci, pour une spéculation qu'il croit avantageuse, présente les carac-

procuré l'exercice de mes fonds, alors même qu'il les a employés sous son nom. Mais cette responsabilité ne peut être étendue sans abus à celui qui ne s'est pas engagé à négocier ou à administrer pour moi : *Secus in eo qui non tenetur nobis negotiari.* Ce sont les paroles de Dumoulin.

Supposons que le dépositaire d'une somme d'argent s'en serve pour se livrer au jeu et qu'il gagne beaucoup. Par l'événement le déposant n'aura rien perdu ; aucun dommage ne lui aura été occasionné ; et l'on voudrait qu'il pût retirer des mains du joueur le gain disputé aux hasards de la fortune? A quel titre? Est-ce que le dépôt est une cause lucrative pour le déposant? Ce dernier ne doit-il pas se contenter des intérêts légaux que le droit lui accorde à cause de la demeure où le fait même du détournement place le dépositaire ?

On oppose (1) que nul ne doit s'enrichir par son délit. Oui, sans doute, quand c'est aux dépens d'autrui. Mais, lorsqu'il n'y a de dommage pour personne, la raison de droit est que nul n'a d'action pour enlever le gain à celui qui l'a fait à ses risques et périls. N'oubliez pas la décision de Gordien, contenue dans la loi 6 au C., *de rei vind.* C'est là qu'est écrit le

tères du quasi-contrat de gestion d'affaires, au moins relativement au propriétaire du dépôt, et dès lors l'action *negotiorum gestorum* pour obtenir le fruit de l'opération lui appartient, de même qu'il aurait l'action correctionnelle, si l'opération avait manqué, et qu'il y eût eu mauvaise foi de la part du dépositaire. Appliquant ces principes à l'espèce que nous avons retracée, nous disons que le notaire et son clerc se confondent dans leur rapport avec le propriétaire des 400,000 livres déposées, en une seule et même personne, qui est celle d'un dépositaire ayant usé du dépôt sans le consentement du déposant, et que les 100,000 fr. qui ont été le prix de ce coupable emploi sont légitimement et exclusivement acquis à ce dernier, qui aurait pu les perdre sans retour en tout ou en partie, si le financier auquel ils avaient été confiés eût été hors d'état de les rendre, et si le notaire lui-même et son maître clerc n'avaient pas été assez riches pour les rembourser."

(1) Le recueil de Dalloz, v° *Dépôt*, p. 56, n° 13.

principe juridique qu'on perd de vue quand on persiste dans la thèse de Balde et de Dèce (1).

106. Puisqu'il est défendu au dépositaire de se servir de la

(1) Add. L'opinion de Troplong avait été exprimée par Duvergier, n° 471, en ces termes : " Un jurisconsulte moderne, Dalloz, combat ce système. Il prétend qu'il est contraire à la morale, à l'équité et aux principes du droit.

" A la morale. Elle ne permet pas que le dépositaire qui a violé la loi sacrée du dépôt retire quelque fruit de son infidélité, et elle répugne à ce qu'on encourage ainsi la déloyauté, en lui accordant une espèce de prime.

" A l'équité. Le déposant a couru, quoique sans le savoir, le risque de perdre le dépôt ; il a été exposé à ne trouver à la place de son argent qu'un recours illusoire contre un emprunteur insolvable. S'il a été exposé au danger, il est juste qu'il ait le profit. Le dépositaire ne peut argumenter ni des risques qu'il a couru, ni de l'industrie qu'il a exercée ; il lui était interdit de se livrer à ces chances, et cette industrie est de sa part un fait illicite.

" Aux principes du droit. Il n'en est pas de plus certain que celui qui défend de s'enrichir par un acte que les lois condamnent. *Nemo ex delicto suo debet consequi emolumentum.* D'ailleurs, l'usage que fait le dépositaire des sommes déposées pour une spéculation qu'il croit avantageuse présente les caractères du quasi-contrat de gestion d'affaires ; le déposant a donc l'action *negotiorum gestorum* pour se faire rendre les bénéfices que l'opération a produits.

" Ces arguments n'ont pas une véritable valeur juridique.

" L'action du dépositaire est coupable ; la loi lui inflige le châtiment qu'il mérite. Lui ôter les bénéfices qu'il a obtenus, en s'exposant à une perte dont, après tout, il est responsable et à une peine rigoureuse, c'est aller plus loin que la loi, c'est ajouter à sa sévérité. Sans doute, il ne faut pas que le crime profite au coupable ; mais il ne faut pas non plus que le déposant recueille certains avantages sans titre légitime. Pourquoi lui restituerait-on les profits qu'a faits le dépositaire ? Serait-ce comme dommages-intérêts ? Mais il n'a souffert aucun préjudice. Tout au plus il a couru quelque danger ; cela ne suffit pas pour lui donner droit à une indemnité.

" D'un autre côté, la violation du dépôt ne produit pas par elle-même des bénéfices pour le dépositaire, comme le vol enrichit le voleur. C'est en employant les sommes déposées à quelque spéculation, en les prêtant

chose déposée, il lui est à plus forte raison interdit de la prêter à d'autres, de la détourner en façon quelconque, de la vendre. L'abus de confiance en matière de dépôt est un délit sévèrement puni par la loi pénale (1).

Du reste, dans le cas de vente faite à des tiers, le déposant n'aurait pas d'action en revendication contre ces derniers, à moins qu'ils ne fussent de mauvaise foi. Cette solution, contraire à la doctrine de Pothier (2), est la conséquence de l'art. 2279 du code civil, et de la règle protectrice de la propriété mobilière, qu'en fait de meubles la possession vaut titre. J'ai exposé les principes du droit moderne dans mon commentaire *de la Prescription* (3), et j'en ai montré l'application spéciale au contrat de dépôt (n° 1070) (4).

à des tiers que le dépositaire se procure un profit. En le lui abandonnant, on ne lui laisse donc pas précisément le fruit de son méfait.

" Enfin, comme le dit Dumoulin, le dépositaire qui n'emploie les sommes déposées que pour son compte et dans son intérêt, ne saurait être assimilé au *negotiorum gestor*, qui administre pour le compte et dans l'intérêt du propriétaire.

" Ainsi, ni la morale, ni l'équité, ni les principes du droit ne justifient l'opinion de Dalloz.

" Le dépositaire qui a employé à son usage les sommes déposées, qui en a retiré un profit, a fait une mauvaise action. Le tribunal de police correctionnelle le punira, s'il lui est dénoncé ; mais la restitution des intérêts perçus, du bénéfice obtenu, n'est pas due au déposant."

(1) Art. 408 du code pénal.

Add. Op. conf. de Pardessus, n° 501, où il dit : " A plus forte raison, il ne peut ni la mettre en gage, ni la vendre ; ce serait une infidélité que les lois ont essayé de prévenir par tous les moyens possibles, puisque le dépositaire infidèle n'est point admis à la cession de biens ; qu'une telle action devient un caractère de banqueroute frauduleuse ; qu'enfin des peines spéciales sont prononcées dans les cas où le coupable, ne faisant pas faillite, échapperait à l'application des dispositions que nous venons d'indiquer."

(2) *Dépôt*, n° 45.

(3) Nos 1040 et suiv.

(4) Add. Op. conf. de Pardessus, n° 502. " Mais lorsque ce délit a été commis, dit-il, le déposant a-t-il, contre le tiers de bonne foi à qui la

[ARTICLE 1803.]

107. Lorsque la chose déposée a été l'objet d'un détournement coupable, et qu'elle vient à périr, elle périt pour le compte du dépositaire infidèle, alors même que la force majeure l'aurait enlevée. La raison en est que le délit qu'il a commis le met en perpétuelle demeure et fait passer la chose à ses risques et périls (1). L'art. 1302, qui le décide ainsi pour le cas de vol, s'étend par identité de raison à la viola-

chose déposée a été vendue, le droit de la revendiquer ? Déjà nous avons résolu cette question contre le déposant, à cause de la faveur due au tiers qui a reçu de bonne foi la chose que lui a vendue celui qui en avait la possession. C'est dans le droit commercial surtout qu'on doit tenir avec fermeté au principe, qu'en fait de meubles la possession vaut titre, et que, du moment où la cause de cette possession n'est viciée d'aucun dol ou d'aucune complicité de dol de la part du possesseur, on ne peut se fonder sur le crime dont est coupable celui qui l'a transmise, par acte régulier, pour troubler ce possesseur de bonne foi.

" Celui qui a acheté, loué ou reçu en nantissement la chose que le dépositaire infidèle faisait ainsi sortir de ses mains, n'est pas moins favorable que celui qui achète, d'un vendeur infidèle, une chose que celui-ci a déjà vendue ; il trouve, dans le fait de la tradition effective à son profit, et dans sa bonne foi, une fin de non-recevoir contre toute revendication possible.

" Enfin il en est de même que du cas dont nous avons parlé, nº 363, où celui qui est porteur d'un effet de commerce, par endossement irrégulier qui n'a pu l'en rendre propriétaire, le transporte, par endossement régulier, à un tiers de bonne foi. Il n'y a pas lieu d'invoquer la faculté qu'a celui à qui une chose a été volée ou qui l'a perdue de la revendiquer pendant trois ans. On ne pourrait voir dans l'infidélité du détenteur ce que le législateur appelle *vol*, et dans la fraude qui le dépouille, ce qu'il appelle *perte*.

" Le déposant n'a d'autre ressource, dans ce cas, que d'attaquer, pour cause de connivence, le titre du possesseur, ou de faire rescinder ce titre, s'il est résoluble ; par exemple, si lui-même n'a la chose qu'à titre de dépôt, de procuration. Lorsque le prix en est dû, il peut le réclamer ; en un mot, il est, sauf son recours ultérieur contre le dépositaire infidèle, subrogé de plein droit à toutes les actions et à tous les droits que celui-ci pourrait avoir contre la personne à qui il a transmis la chose."

(1) Ulpien, l. 1, § 25, D., *depositi ;* Pothier, nº 43. *Junge* l. 8, §§ 1 et 20, D., *de condict. furt.*, et l'art. 1302.

tion du dépôt, qui, quoique n'étant pas dans notre droit moderne un vol caractérisé, constitue cependant un détournement frauduleux, lequel doit être assimilé au vol en ce qui concerne la demeure du détenteur infidèle. L'art. 1302 n'est que la reproduction de la loi 20 au D., *de condict. furtiva*, laquelle, embrassant dans une vue générale tous les détournements frauduleux, et même les simples abus de l'usage et de la possession, s'exprime ainsi : " *Quia videtur qui, primo* " *invito domino, rem contrectaverit, semper in restituenda ea,* " *quam nec debuit auferre, moram facere* (1)."

Lahaie, sur art. 1930 *C. N.* } *Domat*, Lois civiles, liv. 1, tit. 7, sect. 1, n. 15. — Le dépositaire qui use de la chose déposée contre le gré du maître, commet une espèce de larcin, et il sera tenu de tous les dommages et intérêts qui en seront suivis.

N. 16.— Si le dépôt est fait pour l'intérêt du dépositaire, comme si quelque meuble lui est laissé pour le vendre, et en

(1) Tryphonius. *Junge* l. 7, C., *de condict. ob turp. caus.*

Add. Dalloz dit, *Dépôt*, sect. I, art. 2, n° 8 : " Quelle est la responsabilité du dépositaire qui s'est servi de la chose déposée sans autorisation expresse ni présumée du propriétaire ? Le seul auteur qui, à notre connaissance, ait prévu cette question, Aublet de Maubuy, dans son *Traité du Dépôt*, p. 69, dit que, " comme dans ce cas le dépositaire se rend cou-" pable d'une espèce de larcin, il sera tenu de tous les dommages qui " seront résultés de l'usage qu'il aura indûment fait de la chose. Ainsi " il répondra non-seulement de toute espèce de faute, mais encore de la " force majeure, si la force majeure n'a atteint le dépôt que par suite de " l'usage que le dépositaire en a fait. Nous irions même jusqu'à penser " que, s'il s'agit d'une somme d'argent ou d'une chose fongible, le dépo-" sitaire est tenu même de la force majeure qui ferait périr le dépôt après " qu'il s'en est servi, bien que cette perte ne résulte pas de l'usage de la " chose déposée ; car, dès que le dépositaire a employé un dépôt d'argent " pour ses besoins, il a violé le dépôt, il l'a détourné ou dissipé, et il a " encouru les peines portées par l'art. 408 du code pénal contre les dé-" positaires infidèles. Or, dès ce moment, il est en demeure de restituer, " et le dépositaire en retard de restituer est tenu de la force majeure

garder le prix à titre de prêt, ou si une somme d'argent lui est baillée à condition que s'il fait une acquisition, il s'en servira, et qu'il arrive que ce qui était donné à cette condition vienne à périr avant l'emploi, ce dépositaire en sera tenu, quand ce serait même par un cas fortuit : car il n'était pas dépositaire pour rendre au maître, mais pour vendre et employer pour soi ce qu'il avait pris de cette manière, ce qui change la nature et l'effet du dépôt.

Pothier, contrat de dépôt, n. 34.—Le dépositaire qui se sert des choses confiées à sa garde sans le consentement, au moins présumé, de celui qui les lui a confiées, non seulement viole la fidélité qu'il doit à la garde du dépôt, il se rend de plus coupable de vol.

N. 35.—Pour que le dépositaire se rende coupable de vol en se servant des choses qui lui ont été confiées, il faut que ce soit *invito domino ;* ce qui ne doit pas s'entendre en ce sens, qu'il faille qu'il ait *défendu ;* il suffit qu'il n'y ait pas *consenti.*

N. 36.— Quelque sujet qu'ait le dépositaire de croire que celui qui lui a donné une chose en dépôt est dans la disposition de volonté de lui permettre de s'en servir, il ne doit s'en servir, sans lui en demander permission, que lorsqu'il n'est pas à portée de la lui demander.

Il y a consentement présumé de la part du déposant à ce

" (art. 1929 du code civil). D'ailleurs, en supposant qu'il n'y ait pas " violation du dépôt dans le sens de la loi pénale, du moins le dépositaire, en appliquant à son usage l'argent déposé, s'est constitué emprunteur, et la perte d'une somme d'argent prêtée périt pour celui qui " en est débiteur, de quelque manière que la perte arrive (art. 1893 du " code civil)."

O. Leclercq dit, t. VI, p. 423 : " Le dépositaire, quant aux fautes qu'il pourra commettre, devra être considéré comme le dépositaire qui reçoit un salaire pour la garde du dépôt, l'usage qu'il en fait en tient lieu ; si dans ce cas, le dépôt consistait dans une somme d'argent, elle serait aux risques et périls du déposant, jusqu'à ce que le dépositaire s'en fût servi ; alors le dépôt devient un simple prêt de consommation, et le dépositaire sera chargé de toutes les obligations de l'emprunteur ; c'est l'usage qu'il en fait qui convertit le dépôt en prêt." Voy. ci-dessus, n° 103 2°.

que le dépositaire se serve de la chose déposée, s'il lui a prêté auparavant plusieurs fois cette chose, et toutes les fois qu'il la lui a demandée à emprunter.

Pandectes françaises.— Il résulte des termes, *ou présumée*, qu'il n'est pas absolument nécessaire qu'il y ait une permission par *écrit.* Il suffit qu'il y ait lieu de croire que le déposant a consenti à cet usage. Cette présomption dépend des circonstances ; mais on ne l'admet guère à l'égard des choses dont on ne peut user sans les consommer, comme de l'argent : dans ce cas, cet usage devient un *véritable larcin.*

Delvincourt, t. 2, not. 6, p. 273. — Le dépositaire qui se sert de la chose déposée sans autorisation, est tenu des dommages-intérêts envers le déposant, et si, par suite de cet usage, la chose se trouve détruite ou perdue, on peut lui faire l'application de l'art. 408 du Code pénal.

Not. 7.— Quant à la présomption de permission, cela est remis à la décision du juge, qui devra consulter les rapports d'amitié ou d'habitude qui pouvaient exister entre le déposant et le dépositaire. La permission se présumera plus facilement à l'égard des choses qui se détériorent peu par l'usage ; très-difficilement, si c'est une chose fongible. Du reste, jusqu'au moment où le dépositaire s'est servi de la chose, il y a eu dépôt ; depuis, et avec permission du déposant, il y a eu commodat, ou prêt de consommation. Duranton, t. 18, n. 41, même doctrine.

Rolland de Villargues, dépôt, n. 46. — Le dépositaire pourrait-il être tenu de payer le loyer des choses employées à son usage ? Nous ne le pensons pas. Ce serait dénaturer le contrat de dépôt.

Dalloz, dépôt, sect. 1, art. 2, n. 6.—Il nous semble qu'on ne pourrait pas taxer d'infidélité le dépositaire qui aurait disposé du dépôt pour sauver la vie à un malheureux, surtout si le dépositaire était à même de restituer ; seulement le dépôt se convertirait dès ce moment en un contrat de prêt, et le dépositaire serait obligé à ce titre envers le déposant.

N. 7.— Il est impossible de prévoir tous les cas dans les-

quels on devra présumer le consentement du déposant à ce que le dépositaire se serve de la chose qui fait l'objet du dépôt. Mais à cet égard, nous ferons deux observations : la première, c'est que le droit de se servir de la chose déposée doit difficilement se présumer, lorsqu'il existe un acte de dépôt et que cet acte n'en fait aucune mention ; il faut alors que l'usage soit tellement inhérent à la détention de la chose, qu'il contribue à sa conservation, comme si j'ai reçu en dépôt une pendule, un chien de chasse. Notre seconde observation, c'est que la présomption de consentement du propriétaire se mesure sur la nature de l'objet déposé, et sur le degré de détérioration qui peut résulter de l'usage.

A. Dalloz, dépôt, n. 42. — Le dépositaire ne peut prescrire la chose déposée, parce qu'il ne possède pas, mais détient seulement (article 2236) ; mais lorsqu'il est constitué en demeure, il peut prescrire l'action en dommages-intérêts qui résulte du défaut de restitution. (Pothier, dépôt, n. 66.)

Voy. *Zachariæ*, cité sur art. 1802.

1804. Le dépositaire doit rendre identiquement la chose qu'il a reçue en dépôt.

Si la chose lui a été enlevée par force majeure et s'il a reçu quelque chose à la place, il doit rendre ce qu'il a ainsi reçu en échange.

1804. The depositary is bound to restore the identical thing which he has received in deposit.

If the thing have been taken from him by irresistible force and something given in exchange for it, he is bound to restore whatever he has received in exchange.

---

* *C. N.* 1932, 1934. } 1932. Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue.

Ainsi, le dépôt des sommes monnayées, doit être rendu

dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur.

1934. Le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure, et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit restituer ce qu'il a reçu en échange.

---

* *Inst., Liv.* 3, *Tit.* 15, § 3. } Prætereà et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur (*ex* CAIO; *L.* 1, § 5, ff. *de oblig. et act.*) teneturque actione depositi (*vid.* ULP. *L.* 1, § 11 *et* 14, ff. *depos.*); quià et ipse de eâ re quam accepit restituendâ tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit ; culpæ autem nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ, non tenetur. Itaque securus est qui parùm diligenter custoditam rem furto amiserit : quià qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati id imputare debet. (*ex* CAIO ; *d. L.* 1, § 5, ff. *de oblig.*)

Ibidem. Trad. de Du Caurroy. } En outre, celui chez lequel on dépose un objet, est encore obligé par la chose, et tenu de l'action de dépôt, car il est aussi tenu de restituer la chose reçue. Mais il n'est tenu, lui, que lorsqu'il a commis quelque dol. Pour ce qui est de sa faute, c'est-à-dire, de son incurie et de sa négligence, il n'en est pas tenu. Il n'a par conséquent rien à craindre, lorsqu'il s'est laissé voler la chose par le peu de soin qu'il mettait à sa garde ; en effet lorsqu'on remet quelque chose à la garde d'un ami négligent, ce n'est pas à celui-ci, mais à sa propre facilité que l'on doit s'en prendre.

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Dépôt*, *n°* 40 *et s.* } 40. Les choses qui ont été données en dépôt, sont le principal objet de la restitution du dépôt, à laquelle s'est obligé le dépositaire par le contrat.

Ce sont les mêmes choses *in individuo* que le dépositaire doit rendre, quand même ce serait une somme de deniers

ou d'autres choses *fongibles* qui auraient été données en dépôt : le dépositaire est tenu, en ce cas, de rendre non seulement la somme, mais les mêmes espèces *in individuo* qu'il a reçues en dépôt, et auxquelles il ne lui a pas été permis de toucher.

C'est pourquoi, s'il est survenu depuis le dépôt une augmentation ou une diminution sur les monnaies, c'est celui qui a donné la somme de deniers en dépôt ? qui doit profiter de l'augmentation, lorsque les espèces ont été augmentées, ou supporter la diminution, lorsqu'elles ont été diminuées ; car le dépositaire doit rendre les mêmes espèces *in individuo* qu'il a reçues, suivant le bordereau qu'il a dû en donner à celui qui les lui a données en dépôt.

Par exemple, s'il a reçu en dépôt une somme de 600 livres en quinze louis d'or et quatre-vingts écus de trois livres, il doit rendre les quinze louis d'or et les quatre-vingts écus de trois livres qu'il a reçus en dépôt, quelque augmentation ou quelque diminution qui soit survenue sur les espèces.

41. S'il n'y avait pas de bordereau, qui serait cru de celui qui a donné l'argent en dépôt, ou du dépositaire, sur la qualité des espèces données en dépôt, il pourrait y avoir lieu à cette question, si l'augmentation ou la diminution n'était arrivée que sur les espèces d'or, et non sur celles d'argent, *aut vice versâ.*

Il n'est pas douteux que c'est le dépositaire qui doit, en ce cas, être cru ; celui qui a fait le dépôt, doit s'imputer de ne s'être pas fait donner un bordereau ; en ne l'exigeant pas, il a suivi la foi du dépositaire sur la qualité des espèces.

D'ailleurs, en fait de restitution de dépôt, c'est celui qui a donné l'argent en dépôt, qui est le demandeur, et qui est par conséquent chargé de la preuve de ce qu'il avance : *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit;* L. 21, ff. *de Probat.* Faute par lui d'avoir la preuve de ce qu'il avance sur la qualité des espèces données en dépôt, on doit plutôt en croire le dépositaire qui est le défendeur, suivant cette autre

règle : *Favorabiliores rei potiùs quàm actoris habentur :* L. 15, *de Reg. jur.*

Observez que, lorsque l'objet du dépôt excède 100 livres, celui qui a fait le dépôt ne peut faire que par un bordereau ou par quelque autre écrit la preuve de ce qu'il avance sur la qualité des espèces. A défaut de cette preuve, il n'est pas reçu à la preuve testimoniale, il ne peut que demander l'affirmation du dépositaire. Lorsque l'objet n'excède pas 100 livres, il peut être admis à la preuve testimoniale.

42. Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose qui lui a été donnée en dépôt, qu'en l'état qu'elle se trouve, quand même elle serait détériorée. Néanmoins, si c'était par son dol qu'elle fût détériorée, ou par une faute, de l'espèce de celles dont il est tenu (V. *suprà*, n° 26 et suiv.), il serait tenu, en ce cas, des dommages et intérêts de celui qui la lui a donnée en dépôt, résultant de cette détérioration.

43. Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose qui lui a été donnée, qu'autant qu'il l'a par devers lui. S'il l'avait perdu par quelque accident il serait quitte de l'obligation de la rendre.

Néanmoins, si c'était par son dol qu'il ne l'eût plus, ou par quelque faute, de l'espèce de celles dont il est tenu ; en ce cas, il ne serait pas déchargé de son obligation de rendre la chose. Faute d'y pouvoir satisfaire, il serait tenu d'en rendre le prix ; et même, selon les circonstances, il pourrait être, en outre, tenu des dommages et intérêts de celui qui la lui a donnée en dépôt, *Voy.* notre *Traité des Obligations*, part. 1, ch. 2, art. 3, et part. 3, n° 661 et 662.

Le dépositaire qui a vendu de mauvaise foi la chose qui lui a été donnée en dépôt, n'est pas déchargé de l'obligation de la rendre, quoiqu'il ait racheté la chose pour la garder comme auparavant, et qu'elle soit depuis périe chez lui sans sa faute. C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Si rem depositam vendidisti, eamque posteà redemisti in causam depositi, etiam si sine dolo malo posteà perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, quum venderes ;* L. 1, § 25, ff. *Depos.*

La raison est, que le dépositaire, en vendant de mauvaise foi la chose qui lui a été donnée en dépôt, commet un vol de cette chose; il devient voleur de cette chose, et la chose devient infectée du vice de vol, qui ne se purge point jusqu'à ce qu'elle soit rendue au propriétaire. Or, c'est un principe, "qu'une chose volée est aux risques du voleur, qui est censé être dans une perpétuelle demeure de la rendre;" et on ne distingue pas, à l'égard du voleur, si la chose qui est périe depuis le vol qui en a été fait, fût ou ne fût ou ne fût pas également périe entre les mains de celui à qui elle doit être rendue; *quod ita receptum odio furti*, comme nous l'avons observé en notre *Traité des Obligations*, n° 664.

44. Quoique le dépositaire ne soit pas tenu de rendre la chose qui lui a été donnée en dépôt, lorsqu'il ne l'a plus, et que c'est sans aucun dol ni faute de l'espèce de celles dont il est tenu, qu'il a cessé de l'avoir; néanmoins s'il lui en est resté quelque chose, il est tenu de rendre ce qui en est resté.

Par exemple, lorsqu'on a donné à quelqu'un un cheval en dépôt; si le cheval est mort, le dépositaire est quitte à la vérité de l'obligation de rendre le cheval; mais il doit rendre la peau, les fers, et l'équipage du cheval, avec lequel le cheval lui avait été donné en dépôt.

45. Lorsque le dépositaire qui, par quelque accident dont il n'est point responsable, n'a plus les effets qui lui ont été donnés en dépôt, a reçu quelque chose à la place desdits effets, il est obligé de rendre cette chose à celui qui lui avait fait ce dépôt. Par exemple, si une personne, en partant pour un voyage, m'a laissé en dépôt une grande quantité de blé, et que, dans un temps de disette, j'aie été contraint par le magistrat de mener ces blés au marché et de les vendre, je suis obligé de rendre à celui qui m'avait donné les blés en dépôt la somme d'argent que j'ai reçue pour le prix de la vente; cette somme leur est subrogée, et j'en suis devenu dépositaire à la place des blés.

Un autre exemple, c'est lorsque l'héritier du dépositaire, ignorant le dépôt, a vendu la chose donnée en dépôt, qu'il

croyait être de la succession du défunt : cet héritier qui l'a vendue de bonne foi, n'est pas obligé, à la vérité, de rendre la chose à celui qui l'a donnée en dépôt au défunt ; mais il est obligé de lui rendre la somme qu'il a reçue pour le prix de cette chose ; à moins que celui qui avait donné la chose en dépôt, n'aimât mieux la revendiquer sur l'acheteur par devers qui elle est ; auquel cas ce serait à cet acheteur que l'argent devrait être rendu.

46. L'héritier du dépositaire qui a vendu de bonne foi la chose qu'il ignorait avoir été donnée en dépôt au défunt, n'ayant rien fait, en la vendant, contre la bonne foi due au dépôt, dont il n'avait pas de connaissance, il ne doit être tenu de rendre le prix qu'il l'a vendue, que lorsqu'il l'a reçu ; s'il n'en avait pas été payé, il ne serait tenu à autre chose qu'à céder ses actions contre l'acheteur, quand même cet acheteur serait insolvable.

Par la même raison, quand même cet héritier aurait vendu la chose au dessous de sa valeur, il ne serait tenu de rendre que le prix qu'il l'a vendue, et qu'il a reçu.

C'est ce que nous enseignent les jurisconsultes romains : *Si hæres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxerit, ignorans depositam...... quia dolo non fecit, non tenebitur de re : an tamen de pretio teneatur quod ad eum pervenit? Et verius est teneri eum;* L. 1, § *fin.* ff. *Depos. Quid ergo si pretium nondùm exegit, aut minoris quàm debuit, vendidit? Actiones suas tantummodo præstabit;* L. 2, ff. *eod. tit.*

47. Les fruits de la chose donnée en dépôt, que le dépositaire a perçus, sont aussi un des objets de la restitution du dépôt. Soit qu'il ait encore par devers lui la chose qui lui a été donnée en dépôt, soit qu'il ne l'ait plus, il doit tenir compte des fruits qu'il en a perçus, à celui qui la lui a donnée en dépôt ; car un dépositaire ne doit profiter en rien du dépôt.

Par exemple, lorsqu'on a donné à quelqu'un des vaches en dépôt, le dépositaire doit tenir compte à celui qui les lui a

données en dépôt, du lait et des veaux, sous la déduction des frais qu'il a faits pour la nourriture et la garde.

Le dépositaire, tant qu'il n'a pas été en demeure de rendre la chose qui lui a été donnée en dépôt, n'est tenu de rendre que les fruits qu'il a perçus : il n'est pas tenu de ceux qu'on eût pu percevoir, et qu'il n'a pas perçus : mais depuis qu'il a été mis en demeure, il est tenu de tenir compte de tous ceux qu'on a pu percevoir, quoiqu'il ne les ait pas perçus ; c'est un effet de la demeure, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, nº 143.

48. A plus forte raison, lorsque c'est une somme d'argent qui a été donnée en dépôt, le dépositaire, tant qu'il n'a pas été mis en demeure de la rendre, n'en doit aucuns intérêts ; car non-seulement il n'en a pas perçu, mais il n'a pu en percevoir, ne lui ayant pas été permis de toucher à cette somme. Mais depuis qu'il a été mis en demeure de rendre cette somme, il en doit les intérêts ; *Usuræ in depositi actione, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, ex morâ venire solent;* L. 2, Cod. *Depos.*

Troplong, Dépôt, sur arts. 1932-4 *C. N.* } 110. Notre article et les suivants vont traiter de la restitution du dépôt. Deux points partagent cette matière : 1º Quelle chose doit être rendue ? 2º A qui doit-elle être rendue ? Les articles 1932 à 1936 s'occupent du premier point. L'obligation de rendre la chose est fondamentale dans le dépôt ; et non-seulement elle est commandée par le droit civil, elle est encore strictement imposée par la morale, à qui le droit a emprunté ses injonctions. *Depositum reddere*, dit un ancien philosophe, *per se res expetenda est.*

Cette obligation de rendre emporte nécessité de rendre la chose même *in individuo*, et non pas son équivalent ou une autre de même espèce. Si le dépositaire d'une chose fongible était autorisé à rendre une autre chose de même espèce, il s'ensuivrait qu'il pourrait consommer la chose même, comme dans le *mutuum;* c'est-à-dire qu'il en aurait, non pas seule-

ment la garde, mais la propriété. Ce ne serait plus le dépôt, ce serait un autre contrat.

111. De là vient que si le dépôt consiste en espèces monnayées, l'augmentation ou la diminution de la valeur monétaire des espèces est une circonstance indifférente pour le dépositaire. Il doit ce qui lui a été confié ; il le doit *in individuo*, et quand il le rend en la forme reçue, et dans son identité, il est pleinement libéré. Pour constater les espèces déposées, il est d'usage de dresser un bordereau que signe le dépositaire.

Si les parties ont omis cette précaution, le dépositaire en est cru sur son affirmation, d'après le principe de droit que c'est au demandeur à faire la preuve du fait allégué, et que le défendeur est plus favorable que le demandeur.

122. Il peut arriver que le dépositaire à qui une force majeure a enlevé le dépôt en reçoive le prix ou un équivalent Par exemple, un voleur m'enlève de vive force le cheval que vous avez mis en dépôt entre mes mains ; mais je le fais condamner par la justice et il m'en paye le prix. Ce prix est subrogé à la chose ; il en tient la place comme s'il y avait eu *échange.* C'est le mot significatif de l'art. 1934. Je dois donc vous le remettre ; car autrement je m'enrichirais à votre détriment, ce qui serait une violation du droit naturel en général, et de la fidélité plus spécialement promise dans le contrat de dépôt.

C'est ici un notable exemple d'un cas où le dépositaire n'est pas tenu de rendre la chose même qu'il a reçue. Nous en verrons un second dans l'article suivant.

123. Lorsque le dépositaire n'a rien reçu, il doit céder ses actions au déposant ; on peut même dire que cette cession a lieu de plein droit, le déposant n'ayant pas cessé, par le dépôt, d'être investi de tous les droits qui se rattachent à la propriété.

Voy. *Zachariæ*, cité sur art. 1802.

Lahaie, sur art. 1994 C. N. } *Pandectes françaises.*—Il est aussi tenu de céder les actions qu'il avait. (Art. 1303.)

Rolland de Villargues, v. dépôt, n. 59.—Si la chose vient à périr *naturellement*, le dépositaire sera déchargé : mais il devra rendre ce qui pourra rester de l'objet déposé. (Pothier, n. 43.)

Boileux.— Le dépositaire n'est point déchargé de l'obligation de restituer, s'il a de mauvaise foi dissipé ou détourné la chose ; cette obligation se résout alors en dommages-intérêts. Il serait tenu de cette indemnité, lors même que la chose aurait depuis péri par cas fortuit ; car en disposant de ce qui ne lui appartenait pas, il a commis un *vol.*

1805. Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée ou ce qui en reste, que dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution ; les détériorations qui ne sont pas survenues par son fait sont à la charge de celui qui a fait le dépôt.

1805. The depositary is only held to restore the thing deposited, or such portion of it as remains, in the condition in which it is at the time of restoration. Deterioration not caused by his fault falls upon the depositor.

---

* *C. N.* 1933. } Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution. Les détériorations qui ne sont pas survenues par son fait, sont à la charge du déposant.

Voy. *Zachariæ*, cité sur art. 1802, *Pothier*, cité sur art. 1803 et *C. C. B. C.*, art. 1150.

[ARTICLE 1806.]

1806. L'héritier ou autre représentant légal du dépositaire, qui vend de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu de rendre que le prix qu'il a reçu, ou de céder son droit contre l'acheteur si le prix n'a pas été payé.

1806. The heir or other legal representative of the depositary who sells the thing deposited, in good faith and in ignorance of the deposit, is held only to restore the price received for it, or to transfer his right against the buyer if the price have not been paid.

---

* *C. N.* 1935. } L'héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix.

---

* *ff. Depositi vel contra, Liv.* 16, *Tit.* 3, *L.* 1, § 47 *et LL.* 2, 3, 4. } *L.* 1, § 47. Quia autem dolus duntaxat in hanc actionem venit, quæsitum est, si heres rem apud testatorem depositam, vel commodatam distraxerit, ignarus depositam vel commodatam, an teneatur ? Et quia dolo non fecit, non tenebitur de re. An tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit ? Et verius est, teneri eum : hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit, non reddit. (Ulpianus).

L. 2. Quid ergo, si pretium nondum exegit, aut minoris quàm debuit, vendidit ? Actiones suas tantummodo præstabit. (Paulus).

L. 3. Planè si possit rem redimere et præstare, nec velit, non caret culpa : quemadmodùm si redemptam, vel alia ratione suam factam noluit præstare, causatus, quod semel ignarus vendiderit (Ulpianus).

L. 4. Sed etsi non sit heres, sed putavit se heredem, et vendidit, simili modo lucrum ei extorquebitur (Paulus).

Ibidem, *Trad. de M. Hulot.* } *L.* 1, § 47. Comme on n'est responsable en matière de dépôt que de sa mauvaise foi, on a demandé si l'héritier qui auroit vendu une chose déposée ou prêtée au défunt, ignorant qu'il ne la possédoit qu'à titre de dépôt ou de prêt, seroit soumis envers le déposant à l'action du dépôt? Il ne peut point y avoir lieu à l'action du dépôt contre lui pour lui faire rendre la chose déposée, puisqu'il en a perdu la possession sans mauvaise foi de sa part. Seroit-il au moins tenu de rendre le prix ou ce qu'il en aura touché? Il y paroît obligé; parce qu'il y auroit mauvaise foi de sa part à ne pouvoir pas rendre ce qu'il a touché à l'occasion de la chose déposée (ULPIEN).

L. 2. Qu'arriveroit-il s'il n'avoit pas encore exigé le prix de l'acheteur, ou s'il avoit vendu la chose moins qu'elle ne valoit? Il n'est obligé qu'à transporter au déposant les actions qu'il peut avoir contre l'acheteur (PAUL).

L. 3. S'il est en état de racheter la chose et de la rendre au déposant, et qu'il ne le veuille pas faire, il se rend coupable: comme si, après l'avoir rachetée ou acquise à quelqu'autre titre, il refusoit de la rendre, sous prétexte qu'il l'a vendue une fois sans fraude (ULPIEN).

L. 4. Si celui dont nous parlons s'est cru héritier sans l'être, et a vendu en cette fausse qualité la chose qui étoit dans la succession à titre de dépôt, on le forcera pareillement à rendre le prix qu'il en aura touché (PAUL).

Voy. *Domat*, cité sur art. 1796, *Pothier*, cité sur art. 1804 et *Zachariæ*, cité sur art. 1802.

Lahaie sur art. 1935 *C. N.* } *Rolland de Villargues*, v. dépôt, n. 75.— Le déposant aurait-il l'action en revendication contre le tiers détenteur? Il faut décider que non, parce qu'en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279): *melior est conditio possidentis.* D'ailleurs, lorsque l'art. 1935 dit que l'héritier est tenu de céder ses actions contre l'ache-

teur, c'est pour que le déposant force cet acheteur de payer le prix, mais non pas pour qu'il exerce contre lui une action en revendication. Donc si l'acheteur a payé, il n'est soumis à aucune répétition. (Delvincourt, t. 3, p. 203.)

Duranton, t. 18, n. 48.—La cession de l'action contre l'acheteur se fait par un simple mandat donné par l'héritier du dépositaire au déposant, et d'après lequel celui-ci agit contre l'acheteur à ses périls et risques.

Si l'héritier du dépositaire avait consommé la chose, dans l'ignorance du dépôt, il devrait simplement en payer la valeur qu'elle avait au temps où il l'a consommée : il faudrait assimiler ce cas à celui où il a vendu la chose de bonne foi

Mais si le dépositaire a vendu de mauvaise foi la chose, et l'a ensuite rachetée, et qu'elle vienne à périr dans sa main, même par cas fortuit, il n'est point libéré. — S'il possède encore la chose rachetée, le déposant a le droit de se la faire rendre.

Boileux.—Si l'héritier avait connaissance du dépôt, il enencourrait les peines portées par les art. 406 et 408 du Code pénal.

---

6 *Boileux*, *sur art.* 1935 *C. N.* } Le dépositaire infidèle doit des dommages-intérêts au déposant ; il encourt de plus les peines portées par la loi pénale, s'il a détourné ou dissipé la chose déposée (art. 408). — Son héritier est passible des mêmes peines, lorsqu'il a violé sciemment le dépôt.

Mais le déposant ne peut exercer la revendication contre les tiers acquéreurs s'ils ont été de bonne foi ; car ils ne manqueront pas d'invoquer la règle protectrice : *En fait de meubles possession vaut titre* (2279). — A la vérité, cette règle souffre exception lorsqu'il s'agit d'une chose perdue ou volée ; mais l'abus de confiance n'est pas un vol proprement dit ; le déposant doit s'imputer d'avoir mal placé sa confiance ; tandis que celui qui est victime d'un vol, n'a rien à se reprocher.

Supposons que l'héritier du dépositaire ait vendu de bonne

foi la chose déposée, hypothèse prévue par notre article : quelle sera la position du déposant ?

En règle générale, l'héritier succède aux obligations de son auteur ; mais cette règle souffre exception, lorsqu'il s'agit d'un dépôt ; en ce cas, le déposant ne peut exiger de l'héritier que le prix de la vente, quand même il serait inférieur à la valeur réelle de la chose, ou agir contre l'acheteur, si le prix est encore dû : il eût été inique, en effet, de rendre l'héritier victime de sa bonne foi.

Quid, s'il a de bonne foi consommé ou donné la chose ? Il doit compte de la valeur que cette chose avait au moment de la consommation ou de la donation : mais il n'est pas tenu de plus amples dommages-intérêts : quand même elle eût valu davantage au moment de la demande en restitution.

Quid, s'il a détérioré la chose croyant qu'il en était propriétaire ? Il n'est point responsable ; car le droit de disposer est un attribut nécessaire de la propriété.

Observons, que la bonne foi de l'héritier ne peut se présumer, du moins en règle générale ; car il invoque sa libération : or, la preuve du payement est à la charge du débiteur.

Quid, si le dépositaire, après avoir vendu la chose de mauvaise foi, la rachète ensuite pour la garder comme auparavant ? Il doit rendre la chose au déposant, lors même qu'il aurait donné un prix plus élevé que celui de la vente originaire.

Bien plus, l'abus de confiance qu'il a commis, le constitue en perpétuelle demeure ; d'où il résulte, que nonobstant le rachat, la perte postérieure, de quelque manière qu'elle arrive, est à sa charge et qu'il doit dès lors payer le prix de la chose (Duvergier, n. 464, Pothier, n. 43).

Si l'héritier du dépositaire a été de bonne foi en vendant la chose, il est libéré par la perte (Pothier, n. 43, Duvergier, n. 465).

—Devrait-on appliquer la disposition de l'art. 1935 à l'héritier du commodataire qui aurait aliéné de bonne foi la chose prêtée ? En d'autres

termes, cet héritier pourrait-il se libérer, en rendant le prix ou l'action qu'il aurait contre l'acheteur ?

L'art. 1935 est exceptionnel (Domat, Dépôt, sect. 3, n. 13, *in fine*).

Quels sont les droits du déposant, si l'héritier qui a vendu la chose, croyant qu'elle appartenait à son auteur, refuse de la racheter afin de la restituer ?—L'héritier se constitue en faute par ce refus : si la chose a augmenté de valeur depuis la vente, le déposant qui désire la recouvrer, doit comme de raison offrir à l'héritier ce qu'il pourrait être obligé de payer en sus du prix qu'il a reçu.

Quid, si après avoir acquis la chose à quelque autre titre, le dépositaire refuse de la rendre, sous prétexte qu'il l'a vendue sans fraude ? — Le déposant a une action contre lui (Troplong, n. 128 et 129).

1807. Le dépositaire est tenu de restituer les fruits qu'il a perçus de la chose déposée.	1807. The depositary is bound to restore any profits received by him from the thing deposited.
Il n'est tenu de payer l'intérêt sur les deniers déposés que lorsqu'il est en demeure de les restituer.	He is not bound to pay interest on money deposited unless he is in default of restoring it.

---

* *C. N.* 1936. } Si la chose déposée a produit des fruits qui aient été perçus par le dépositaire, il est obligé de les restituer. Il ne doit aucun intérêt de l'argent déposé, si ce n'est du jour où il a été mis en demeure de faire la restitution.

---

* *ff. Depositi vel contrà, Liv.* 16, *tit.* 3, *L.* 1, §§ 23, 24. } § 23. Hanc actionem bonæ fidei esse, dubitari non oportet.

§ 24. Et ideo et fructus in hanc actionem venire, et omnem causam, et partum, dicendum est : ne nuda res veniat. (ULPIANUS).

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } § 23. Il est hors de doute que l'action du dépôt est une action de bonne foi.

§ 24. Conséquemment, le jugement porté en cette matière doit comprendre la restitution des fruits et de tout ce qui dépend de la chose déposée, comme les enfans nés d'une esclave déposée. (ULPIEN).

---

* *ff. De usuris, Liv.* 22,
tit. 1, *L.* 38, § 10. } Si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet: videamus de fructibus. Et quidem in deposito et commodato fructus quoque præstandi sunt, sicut diximus. (PAULUS).

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } Si je me fais rendre la possession naturelle que j'avois donnée à un autre d'une chose dont j'ai conservé la propriété, y a-t-il lieu à la restitution des fruits? On l'observe ainsi en matière de prêt à usage et de dépôt. (PAUL).

---

* *Cod. Depositi vel contra,*
Liv. 4, *tit.* 34, *L.* 2. } Usuræ in depositi actione, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, ex mora venire solent. (GORDIANUS).

Ibidem.
Trad. de M. P. A. Tissot. } Dans l'action du dépôt, comme dans les autres actions de bonne foi, les intérêts sont dus ordinairement à compter du jour où le dépositaire est en retard de rendre le dépôt. (GORDIEN).

Voy. *Pothier, Dépôt,* nos 47-8, cités sur art. 1804 et *Zachariæ,* cité sur art. 1802.

1808. Le dépositaire ne peut pas exiger de la personne qui a fait le dépôt la preuve qu'elle est propriétaire de la chose déposée.	1808. The depositary cannot exact from the depositor proof that he is owner of the thing deposited.

[ARTICLE 1808.]

* C. N. 1938. } Il ne peut pas exiger de celui qui a fait le dépôt, la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée.

Néanmoins, s'il découvre que la chose a été volée, et quel en est le véritable propriétaire, il doit dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant. Si celui auquel la dénonciation a été faite néglige de réclamer le dépôt, le dépositaire est valablement déchargé par la tradition qu'il en fait à celui duquel il l'a reçu.

---

* *ff. Depositi vel contra, Liv.* 16, *tit.* 3, *L.* 31, § 1. } Incurrit hîc et alia inspectio, an bonam fidem inter eos tantùm, inter quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto, æstimare debeamus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur, pertinet ; exempli loco, latro spolia quæ mihi abstulit, posuit apud Seium inscium de malitia deponentis, utrum latroni, an mihi restituere Seius debeat ? Si per se dantem, accipientemque intuemur, hæc est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit : si totius rei æquitatem, quæ ex omnibus personis, quæ negotio isto contingunتur, impletur, mihi reddenda sunt, quæ facto scelestissimo, adempta sunt. Et probo *hanc esse justitiam, quæ suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ justiore repetitione.* Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilominùs ei restituenda sunt, qui déposuit, quamvis malè quæsita deposuit. Quod et Marcellus in prædone, et fure scribit. Si tamen ignorans latro, cujus filio, vel servo rem abstulisset, apud patrem, dominumve ejus deposuit ignorantem, nec ex jure gentium consistet depositum ; cujus hæc est potestas, ut alii non domino sua ipsius res quasi aliena servanda detur. Et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictum ejus ignorantem deposuerit, rectè dicetur non contrahi depositum : quia non est ex fide bona rem suam dominum prædoni restituere compelli. Sed et si

etiam nunc ab ignorante domino tradita sit, quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competet. (TRYPHONINUS).

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } Il y a encore une autre observation à faire à ce sujet : la bonne foi dont il est ici question doit-elle être restreinte aux parties qui ont contracté ensemble, sans faire attention à d'autres personnes que la même affaire regarde, quoiqu'elles ne soient pas intervenues dans le contrat ? Ou bien doit-on avoir aussi égard à ces personnes ? Par exemple, un voleur a déposé des habits qu'il m'a volés, entre les mains de Séius, qui n'a aucune connoissance du crime du déposant, doit-il rendre ces habits au voleur qui les lui a déposés, ou à moi, qui est celui à qui ils ont été volés ? Si nous ne considérons que les personnes qui ont contracté, la bonne foi exige que le dépositaire rende la chose à celui qui la lui a confiée ; mais si on considère dans cette espèce l'équité dans toutes ses parties, c'est-à-dire, relativement à toutes les personnes que cette affaire concerne, la chose doit m'être rendue à moi, à qui elle a été enlevée par une action criminelle. Mon avis est que la véritable justice consiste à rendre à chacun ce qui lui est dû, pourvu qu'en donnant la chose à l'un, on ne la fasse point perdre à un autre qui a de plus justes raisons de la demander. Si je ne me présente pas pour redemander ma chose, elle doit être rendue à celui qui en a fait le dépôt, quoiqu'il l'ait déposée après l'avoir mal acquise. Marcellus admet ce sentiment à l'égard du possesseur de mauvaise foi et du voleur. Cependant si le voleur, ignorant sous la puissance de qui est le fils de famille ou l'esclave à qui il a volé une chose, va la déposer précisément chez le père ou le maître de celui qu'il a volé, sans que celui-ci en ait aucune connoissance, le dépôt ne sera point valable, suivant le droit des gens ; parce que la nature du dépôt exige que la chose soit déposée entre les mains d'un autre que du propriétaire. Et si un voleur déposoit entre mes mains une chose qu'il m'auroit volée, sans que j'aie eu connoissance de son délit ni au temps du vol ni au temps du dépôt, on dira avec raison qu'il n'y a pas, à propre-

ment parler, de dépôt ; parce que la bonne foi ne peut pas exiger d'un propriétaire qu'il remette sa propre chose à celui qui la lui a volée. Si même en ce cas le maître, toujours dans l'ignorance du délit, remet la chose croyant y être obligé à cause du dépôt, il doit avoir une action pour se la faire rendre comme payée par lui indûment. (TRYPHONINUS).

Voy. p. 684 *Rapp. de MM. les Commiss.* sur art. 1808 ; *Domat*, cité sur art. 1796 et *Zachariæ* sur art. 1802.

---

* 5 *Pothier (Bugnet),* *Dépôt, n°* 49 *et s.* } 49. Le dépositaire doit rendre la chose qui lui a été donnée en dépôt, à celui qui la lui a donnée ; car c'est envers lui qu'il contracte par le contrat de dépôt, l'obligation de la rendre.

Ce n'est pas toujours celui qui a fait la tradition de la chose au dépositaire, qui est censé l'avoir donnée en dépôt ; c'est celui au nom duquel le dépôt en a été fait, soit qu'il en ait fait la tradition par lui-même, soit qu'elle ait été faite par un autre en son nom.

Par exemple, si, de l'ordre de Pierre, vous m'avez donné en dépôt une chose, ce n'est pas vous qui êtes censé me l'avoir donnée en dépôt ; c'est Pierre, de la part de qui vous me l'avez donnée, qui est censé me l'avoir donnée en dépôt ; c'est à Pierre et non à vous que je dois la rendre, et c'est lui qui a contre moi l'action *depositi* pour se la faire rendre ; L. 1, § 11, ff. *Depos.*

Mais si vous m'avez remis cette chose sans dire que c'était de la part de Pierre ; quoique ce fût Pierre qui vous l'eût donnée pour me l'apporter, le dépôt est fait en votre nom ; c'est vous qui avez action contre moi pour vous le faire rendre, sauf à Pierre à vous obliger *mandati judiciio* à lui céder cette action ; *eod.* §.

50. Lorsqu'une personne a donné quelque chose en dépôt dans un nom qualifié, comme de tuteur, de marguillier, etc.,

la chose ne lui doit être rendue que tant qu'il conserve la qualité en laquelle il l'a donnée.

Par exemple, si quelqu'un, en sa qualité de tuteur d'un tel, a donné une chose en dépôt, la chose ne lui doit être rendue que tant qu'il est tuteur : la tutelle finie, ce n'est plus à lui, c'est au mineur devenu majeur que la chose doit être rendue. Pareillement, lorsque quelqu'un, en qualité de marguillier, a donné en dépôt des effets d'une fabrique, ce n'est que pendant qu'il est marguillier que la restitution du dépôt doit lui être faite. Lorsqu'il est sorti de charge, ce n'est plus à lui, c'est à son successeur qu'elle doit être faite.

51. Celui qui a donné la chose en dépôt, n'a pas besoin de prouver qu'il est le propriétaire ; il suffit qu'il l'ait donnée en dépôt, pour qu'elle doive lui être rendue, quoiqu'elle ne lui appartienne pas, et quand même il l'aurait volée : *Si prædo vel fur deposuerint, et hos Marcellus putat rectè depositi acturos ;* L. 1, § 39, ff. *Depos.*

Néanmoins si le dépositaire, depuis le dépôt qu'il a reçu de bonne foi, venait à découvrir que la chose qui lui a été donnée en dépôt, a été volée, et qu'il connût la personne à qui elle a été volée, il devrait plutôt la rendre à la personne à qui elle appartient, qu'à celui qui la lui a donnée en dépôt, et il devrait pour cela avertir cette personne de la réclamer.

C'est l'espèce d'une belle loi de Triphonin. *Latro spolia quæ mihi abstulit, posuit apud Seïum inscium de malitiâ deponentis : utrùm latroni an mihi restituere Seius debeat ? Si per se, dantem accipientemque intuemur, hac est bona fides ut commissam rem recipiat his qui dedit ; si totius rei æquitatem (quæ ex omnibus personis quæ negotio isto continguntur, impletur) mihi reddenda sunt, cui facto scelestissimo adempta sunt ; et probo hanc esse justitiam quæ suum cuique ita tribuit, at non distrahatur ab ullius personæ justiore repetitione ;* L. 31, § 1, ff. *eod. tit.* En ce cas, l'obligation que le dépositaire a contractée envers celui qui lui a donné la chose en dépôt, doit céder à une autre obligation plus forte, que la loi naturelle impose

au dépositaire, de rendre la chose à celui à qui elle appartient.

Observez que le dépositaire remplit toute justice, et satisfait à ce qu'on doit au propriétaire de la chose, par l'avis qu'il lui donne que la chose qui lui a été volée est entre ses mains : il n'est pas obligé de la lui rendre, jusqu'à ce que ce propriétaire ait fait ordonner que la chose lui serait restituée, par un jugement rendu avec celui qui l'a donnée en dépôt, lequel, sur la revendication faite sur le dépositaire, doit être mis en cause par ce dépositaire. Il ne serait pas juste que le dépositaire s'exposât à un procès en la rendant au propriétaire avant que d'en être déchargé envers celui qui la lui a donnée en dépôt, par un jugement rendu avec lui.

C'est pourquoi, si le propriétaire de la chose, à qui elle a été volée, néglige l'avis que le dépositaire lui a donné, et ne réclame pas aussitôt la chose, le dépositaire pourra la rendre à celui qui la lui a donnée en dépôt, lorsqu'il la lui demandera : *Quod si ego*, ajoute Triphonin, *ad petenda ea non veniam, nihilominùs ea restituenda sunt ei qui deposuit, quamvis malè quæsita deposuit ; eod.* § 1.

52. La chose qui a été donnée en dépôt, ne doit être rendue à celui qui l'a donnée, qu'autant qu'il conserve son état civil, et qu'il continue d'être usant de ses droits.

C'est pourquoi si celui qui m'a donné une chose en dépôt, a depuis perdu la vie civile par une condamnation capitale, dont j'ai connaissance, ce n'est pas à lui, en ce cas, que je dois rendre la chose qu'il m'a donnée en dépôt, c'est au seigneur à qui ses biens ont été confisqués par cette condamnation, que je la dois rendre. Il est vrai qu'à n'envisager que le pur droit naturel, *si tantùm naturale jus et gentium intuemur*, il semblerait que les choses devraient être rendues à celui qui les a données en dépôt ; mais *si civile jus et legum ordinem (spectemus), magis in publicum deferenda sunt ; nam malè meritus publicè, ut exemplo aliis ad deterranda maleficia sit, etiam egestate laborare debet, eâd.* L. 31.

Lorsque celui qui a donné la chose en dépôt, s'est depuis

fait religieux profès, ce n'est point à lui que la chose donnée en dépôt doit être rendue, parce qu'il a perdu la vie civile par sa profession religieuse ; elle doit être rendue à ses héritiers, comme dans le cas de la mort naturelle. Voyez *infrà*, n° 54.

Lorsque la personne qui lui a donné la chose en dépôt, a depuis passé sous puissance de mari, ou a été interdite, ce n'est point à elle que la chose doit être rendue, ayant cessé, par son mariage ou par son interdiction, d'être usante de ses droits ; mais elle doit être rendue à son mari ou à son curateur. La restitution du dépôt faite au mari ou au curateur de la personne qui a fait le dépôt, est censée faite à elle-même, son mari ou son curateur ayant qualité de recevoir pour elle (1).

53. La chose donnée en dépôt est censée rendue à celui qui l'a donnée en dépôt, lorsqu'elle est rendue à celui à qui il a ordonné de la rendre, selon la règle : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset ;* L. 180, ff. *de Reg jur.*

54. Après la mort de celui qui a donné la chose en dépôt, la restitution du dépôt doit se faire à ses héritiers.

Lorsqu'il a laissé plusieurs héritiers, si la chose donnée en dépôt est une chose susceptible de parties réelles, telle qu'est une somme d'argent, elle doit être restituée à chaque héritier pour la part dont il est héritier.

Si cet argent avait été mis en dépôt dans un sac cacheté ; sur la demande de l'un des héritiers, pour la restitution de la part qui lui appartient dans le dépôt, on doit faire l'ouverture du sac en présence du juge, à son hôtel, qui en dressera procès-verbal ; après laquelle ouverture, on délivrera à cet héritier la part qui lui appartient dans l'argent qui est dans ce sac, et le reste demeurera entre les mains du dépositaire : *Si pecunia in sacculo signato deposita sit, et unus ex hæredibus ejus qui déposuit veniat repetens, promenda pecunia est vel*

(1) V. art. 1940, C. civ. (Bugnet).

coràm Prætore, vel intervenientibus honestis personis, et exsolvenda pro parte hæreditariâ; L. 1, § 36, ff. *Depos.*

Lorsque la chose donnée en dépôt n'est pas susceptible de parties réelles, elle ne peut être rendue à l'un des héritiers que du consentement des autres.

Lorsque les héritiers ne s'accordent pas sur celui d'entre eux à qui la chose sera rendue, ou lorsque tous ne paraissent pas, la restitution doit se faire à ceux qui ont la plus grande part dans la succession, à la charge par eux de donner caution au dépositaire de le défendre contre les autres héritiers (1) : *Si plures hæredes extiterint ei qui deposuerit, dicitur, si major pars adierit, restituendam rem præsentibus; majorem autem partem non ex numero personarum, sed ex magnitudine portionum hæreditariarum intelligendam ; cautelâ idoneâ reddendâ ;* L. 14, ff. *eod. tit.*

55. Lorsque celui qui a donné la chose en dépôt, a fait à quelqu'un un legs particulier de cette chose, ou un legs universel dans lequel cette chose est comprise ; après que le légataire aura été saisi de son legs, et qu'il aura signifié au dépositaire l'acte ou la sentence de saisissement, la restitution du dépôt ne pourra plus se faire qu'à lui : mais, avant cette signification, le dépositaire peut la faire valablement aux héritiers, à moins qu'elle n'eût été saisie et arrêtée entre ses mains.

1809. La restitution de la chose déposée doit être faite au lieu convenu et les frais pour l'y transporter sont à la charge de celui qui a fait le dépôt.

S'il n'y a pas de lieu convenu pour la restitution, elle doit se faire au lieu où se trouve la chose.

1809. The restoration of the thing deposited must be made at the place agreed upon, and the cost of conveying it there is borne by the depositor.

If no place be agreed upon, the restoration must be made at the place where the thing is.

(1) V. art. 1939, C. civ., qui n'admet pas cette solution. (BUGNET).

* *C. N.* 1942, 1943. } 1942. Si le contrat de dépôt désigne le lieu dans lequel la restitution doit être faite, le dépositaire est tenu d'y porter la chose déposée. S'il y a des frais de transport, ils sont à la charge du déposant.

1943. Si le contrat ne désigne point le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt.

---

* *ff. Depositi vel contra, Liv.* 16, *tit.* 3, *L.* 12. } Si in Asia depositum fuerit, *ut Romæ reddatur*, videtur id actum, ut non impensa ejus id fiat, apud quem depositum sit, sed ejus qui deposuit.

§ 1. Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est, apud quem depositum est. Ubi vero depositum est, nihil interest. Eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonæ fidei judiciis. Sed dicendum est, si velit actor suis impensis, suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit : quoniam et in ad exhibendum actione id servatur. (Pomponius).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Si on dépose une chose à quelqu'un en Asie pour la rendre à Rome, l'intention des parties paroît avoir été que les dépenses nécessaires pour le transport de la chose fussent aux frais du déposant et non du dépositaire.

§ 1. Le dépôt doit être rendu dans l'endroit où il se trouve, sans mauvaise foi de la part du dépositaire. On ne fait point attention à l'endroit où le dépôt a été fait. Il faut communément dire la même chose dans tous les jugemens de bonne foi. Mais si le demandeur vouloit que la chose fût transportée à Rome à ses frais et à ses risques, il pourroit l'obtenir : car cela se pratique ainsi dans l'action en représentation d'une chose. (Pomponius).

---

* 5 *Pothier* (*Bugnet*), *Dépôt*, *n*° 56 *et s.* } 56. Lorsqu'on est convenu, par le contrat, du lieu où se ferait la restitution du dépôt, la chose donnée en dépôt doit être rendue dans ce lieu, si elle n'y est pas, et qu'il faille l'y transporter,

le transport doit se faire aux frais de celui qui l'a donnée en dépôt : *Si quid in Asiâ depositum sit, ut Romæ reddatur, videtur id actum, ut non impensâ ejus id fiat apud quem depositum sit, sed ejus qui deposuit* (1) ; L. 12, ff. *eod. tit.*

Cette décision est conforme à ce principe d'équité : *Officium suum nemini debet esse damnosum.* Le dépositaire ne s'étant chargé du dépôt que pour faire plaisir à celui qui lui a fait le dépôt, l'équité ne permet pas qu'il supporte aucuns frais.

Quand même le dépôt aurait été fait dans le même lieu où on est convenu que s'en ferait la restitution, si le dépositaire a eu quelque juste sujet de le transporter ailleurs, ce sera aux frais de celui qui aura donné la chose en dépôt, qu'on l'en fera revenir.

57. Lorsque le contrat ne porte pas où doit se faire la restitution du dépôt, elle doit se faire où se trouve la chose qui a été donnée en dépôt, quand même elle se trouverait dans un lieu plus éloigné que celui où elle a été donnée, pourvu que ce soit sans malice qu'elle y ait été transportée, *putà*, parce que le dépositaire a délogé (2) : *Depositum eo loco restitui debet in quo sine dolo ejus est apud quem depositum est ; ubi vero depositum est nihil interest* ; *eâd.* L. 12, § 1.

Lahaie, sur art. 1942-1943 C. N. } Art. 1942 C. N.—*Domat*, Lois civiles, liv. 1, tit. 7, sect. 2, n. 3.— Si pour rendre ce qui est en dépôt, il faut des voitures pour le transport, le dépositaire n'en est pas tenu, et le maître est obligé de venir le prendre, et de faire les frais du transport, s'il y en a, ou d'en rembourser le dépositaire, s'il les a fournis.

N. 4.—Si le dépositaire ne veut plus garder la chose déposée et veut s'en décharger, soit après le temps réglé par la convention, si on y a pourvu, ou même auparavant, celui qui a déposé sera tenu de reprendre la chose, pourvu que ce

(1) *V.* art. 1942, C. civ. (BUGNET).

(2) *V.* art. 1943, C. civ.
Cet article dit *dans le lieu même du dépôt* : il est probable que ces expressions reproduisent la doctrine de Pothier, et que le mot *dépôt* est pris pour la chose déposée : dans le lieu où le dépôt se trouve (BUGNET).

ne soit pas dans un contre-temps où le dépositaire, pouvant sans dommage garder le dépôt, le maître ne pourrait commodément le retirer ; car en ce cas, il faudrait régler un temps pour décharger le dépositaire.

Pothier, contrat de dépôt, n. 56. — Quand même le dépôt aurait été fait dans le même lieu où on est convenu que l'on ferait la restitution, si le dépositaire *a eu quelque juste sujet de le transporter ailleurs*, ce sera aux frais de celui qui aura donné la chose en dépôt qu'on l'en fera revenir.

Favard, dépôt, sect. 1, § 1, n. 9. — Cet article est conforme au principe d'équité, *officium suum nemini debet esse damnosum.* Le dépôt étant en effet essentiellement gratuit et tout entier dans l'intérêt du déposant, l'équité ne permet pas que le dépositaire supporte aucuns frais.

Duranton, t. 18, n. 66. — Sous le nom de frais de transport, on doit comprendre les dépenses du voyage que le dépositaire pourrait avoir été obligé de faire, pour rendre la chose au lieu convenu.

A. Dalloz, dépôt, n. 73. — C'est dans le lieu désigné par le contrat et aux frais du déposant que doit s'effectuer la restitution du dépôt. Dans le cas où plusieurs endroits auraient été alternativement désignés, le choix appartiendrait au déposant. (Duranton, t. 18, n. 55).

Art. 1943 C. N.— *Domat*, Lois civiles, liv. 1, tit. 7, sect. 1, n. 8.—Le dépôt n'obligeant qu'à la simple garde, il est de la nature de ce contrat que la chose déposée soit rendue dans le lieu où elle est gardée, et le dépositaire n'est pas obligé de la transporter, pour la délivrer, si ce n'est qu'il l'eût mise de mauvaise foi en un autre lieu que celui où il devait la garder.

Pothier, contrat de dépôt, n. 57. — Suivant notre ancienne jurisprudence, lorsque le contrat ne portait pas où devait se faire la restitution du dépôt, elle devait se faire *où* se trouvait la chose qui avait été donnée en dépôt, quand même elle se fût trouvée dans un lieu plus éloigné que celui où elle avait été donnée, pourvu que ce fût *sans malice* qu'elle y eût été transportée ; *putà*, parce que le dépositaire avait *délogé*.

Duranton, t. 18, n. 67. — On doit communément entendre par le *lieu même du dépôt* l'endroit où se trouve la chose au moment où la restitution en est demandée, lors même qu'elle aurait été remise ailleurs, à moins que ce ne fût par malice que le dépositaire l'eût transportée dans un autre endroit. Pandectes françaises, Dalloz aîné, même opinion. *Contrà*, Delvincourt, t. 3, p. 432, not. 4, qui argumente de l'art. 1247.

---

* *Troplong, sur art.* 1942 *et* 1943 *C. N.* } 165. Après s'être occupé, dans les articles précédents, de la personne à laquelle le dépôt doit être rendu, le législateur traite, dans les articles 1942 et 1943, du lieu où la chose doit être restituée.

Deux cas sont prévus : ou le contrat s'explique sur le lieu de la restitution, ou il est muet à cet égard.

166. S'il a précisé le lieu dans lequel la remise doit s'opérer, la convention recevra son exécution. Seulement, s'il y a pour le dépositaire des frais de déplacement, ils seront à la charge du déposant. Ainsi, vous déposez entre mes mains une chose que vous me chargez de remettre à Paris à François, je serai tenu de faire le voyage de Paris pour remplir mon obligation. Mais comme le dépôt est un office d'ami, accepté dans l'intérêt du déposant, il n'est pas juste que je supporte les frais d'un déplacement. La bonne foi veut que le déposant m'en indemnise. L'article 1962, qui le décide ainsi, est emprunté à un fragment des écrits de Pomponius (1).

167. Remarquez cependant que si je ne faisais pas tout ex-

(1) L. 12, D., *depositi*.

Add. Malleville ajoute, p. 68 : " Il me semble que si les frais du transport sont à la charge du déposant, lors même qu'il a été convenu que le dépôt serait rendu en tel lieu, il en devrait être de même lorsque le dépositaire se trouve l'avoir changé de local sans mauvaise intention, et que son office étant gratuit il ne doit pas être en perte *sine dolo et lata culpa*.

Duranton dit, n° 66 : " Et sous le nom de frais de transport, on doit comprendre les dépenses du voyage que le dépositaire aurait été obligé de faire, suivant les circonstances, pour rendre la chose au lieu convenu."

près le voyage de Paris, et qu'ayant à me rendre dans cette capitale pour mes affaires, j'aie profité de cette occasion pour rendre le dépôt, je n'aurais rien à réclamer pour mes frais de voyage.

168. Quand le contrat n'a rièn déterminé pour la restitution, elle doit se faire, de droit, au lieu où se trouve la chose. Le lieu où le contrat a été célébré et le dépôt effectué n'est pas à considérer, quoi qu'en dise Voet (1). La loi romaine, sur laquelle il se fonde, ne peut être entendue dans le sens qu'il lui attribue (2). On ne s'attache qu'au lieu où la chose est au moment de la restitution, et c'est ce que l'article 1943 a voulu dire quand il s'est servi de ces expressions : "*le lieu même du dépôt.*" Il est vrai que l'on pourrait y trouver quelque amphibologie, si Pothier, le guide habituel du code civil, n'était là pour en fixer la valeur. Aussi suis-je étonné que Delvincourt ait pensé qu'elles font allusion au lieu où se trouvait la chose au moment du contrat (3). Nullement ! *le lieu même du dépôt*, c'est le lieu où se trouve le dépôt au

(1) *Depositi*, n° 6.

(2) Favre, *Ration.* sur la loi 12, § 1, D., *depositi*, et Pothier, n° 57.

(3) T. III, p. 432, notes.

Add. Demante suit l'avis de Delvincourt lorsqu'il dit, n° 683 : " Au moyen de ce tempérament d'équité (la mise des frais de transport à la charge du déposant), l'obligation de faire transporter la chose d'un lieu dans un autre n'ayant rien de contraire à la nature du contrat de dépôt, le code, plus sévère que l'ancien droit, laisse subsister, contre le dépositaire, la règle générale qui, à défaut de désignation, détermine le lieu du payement par celui où se trouvait, au temps de l'obligation, le corps certain qui en est l'objet. En conséquence, la restitution doit être faite au lieu même du dépôt. Voy. art. 1943, et à ce sujet article 1247 ; voy., au contraire, Pomp., l. 12, § 1, ff. *depos.*"

Même opinion de Pardessus, n° 509, où il ajoute : " Dans la règle, c'est au déposant de prendre tous les soins nécessaires pour l'enlèvement de la chose ; mais dans le commerce, cette règle subit encore des modifications que nous avons indiquées précédemment. Le dépositaire doit apporter à l'expédition, chargement et départ des objets, les mêmes soins qu'il a dû donner à leur arrivée, et lors même qu'il ne répond point des voituriers qui les enlèvent, il répond des fautes commises ou pertes arrivées pendant qu'on sort les marchandises de ses magasins, et qu'on les charge. De même, il doit avoir soin de faire les déclarations et de munir les voituriers de toutes quittances, certificats et pièces nécessaires pour que la marchandise n'éprouve aucun obstacle dans le transport."

moment de la restitution (1); sans quoi l'on obligerait le dépositaire à se déplacer pour effectuer la restitution. Serait-ce juste? serait-ce conforme à la bonne foi et aux égards que mérite le dépositaire?

Peu importe même que le lieu où le dépôt est actuellement soit plus éloigné que celui où la chose a été déposée, pourvu que le dépositaire l'y eût transportée sans mauvaise intention (2).

(1) Duranton, t. XVIII, n° 67; Duvergier, n° 488.

(2) Pomp., l. 12, § 1, D., *depositi;* Pothier, n° 57.

Add. O. Leclercq, t. VI, p. 434, avait précédamment exprimé la même opinion. " La restitution du dépôt, disait-il, est un payement, il doit donc être fait dans le lieu désigné par le contrat, et s'il n'est pas désigné, c'est dans le lieu qui aggrave le moins possible l'obligation du dépositaire; on ne peut l'augmenter sans motif; c'est donc dans le lieu où se trouve le dépôt au moment où on le demande. C'est une exception mise à la règle établie dans l'art. 1247, qui déclare que le corps certain et déterminé qui fait l'objet de l'obligation doit être rendu dans le lieu où il se trouve au moment où elle a été contractée. Cette règle est fondée sur les mêmes motifs que l'exception; en effet, l'obligation de rendre la chose est la plus légère possible, lorsqu'on la délivre au lieu où elle est au moment du contrat, puisqu'il n'y a aucun déplacement à faire par le débiteur. Il en est de même pour la restitution du dépôt: celui-ci n'existe pas toujours dans le lieu où le contrat se forme; le dépositaire, étant principalement tenu de le garder ou de le conserver, peut aussi choisir le lieu le plus propre à sa conservation, et ce choix ne doit pas lui nuire.

" On me dira que le débiteur d'un corps certain et déterminé est aussi tenu de le conserver jusqu'à sa délivrance et que, par conséquent, il devrait être déchargé de son obligation, lorsqu'il le remet dans le lieu où il se trouve au moment du payement.

"Je réponds que ce corps certain n'a pas encore été au pouvoir du créancier: lorsqu'il y acquiert des droits ou qu'il en devient propriétaire, il connaît le lieu où il se trouve, il sait que son débiteur satisfait à son obligation en lui permettant de l'enlever, en ôtant tous les obstacles qui s'opposent à ce qu'il le mette en son pouvoir; le lieu où il se trouve au moment du contrat est propre pour la conservation de la chose, ou il ne l'est pas: dans le premier cas, il n'est pas nécessaire de la déplacer pour la conserver; dans le second, il peut l'enlever, ou la remettre en dépôt au débiteur, s'il veut s'en charger, et alors on en fera la restitution dans le lieu du dépôt." Dans le même sens, Deleurie, n° 11443.

Dalloz, *Dépôt*, sect. 1, art. 2, n° 17, partage la même manière de voir; il rappelle la décision de la loi romaine, suivie par Pothier, et continue en ces termes: " Cependant Aublet de Maubuy, p. 45, pense, au contraire, que la restitution doit se faire dans l'endroit où la chose a été déposée, et Delvincourt explique dans ce sens l'art. 1943 du code civil; il argumente de l'art. 1247 du même code, portant que, lorsque le lieu du payement n'est pas déterminé et qu'il s'agit d'un corps certain, le

169. Et de là il suit implicitement que si, pour l'intérêt du déposant, le dépositaire juge à propos de ne lui remettre la chose que dans tel lieu qu'il désigne, cette indication devra être suivie. Sénèque me met sur la voie de cette opinion quand il dit: " *Depositum reddere per se res expetenda est, non* " *tamen semper reddam* NEC QUOLIBET LOCO, *nec quolibet tem-* " *pore* (1)."

170. Si le déposant avait intérêt à ce que la restitution lui fût faite au lieu où se trouvait la chose au moment du dépôt, pourrait-il le demander et l'obtenir en remboursant au dépositaire les frais de transport, et en prenant à sa charge tous les risques? L'affirmative est décidée par Pomponius, dans

payement doit se faire au lieu où se trouvait, au moment de l'obligation, la chose qui en est l'objet (*Cours de droit civil*, t. III, p. 432, note 4, éd. de 1824). L'opinion d'Aublet de Maubuy doit être ici comptée pour peu de chose, car il se fonde sur la loi romaine qu'on vient de transcrire, et qui renferme une solution précisément opposée à celle qu'il lui prête. L'argument que Delvincourt tire de l'article 1247 ne nous semble pas non plus très concluant; car, autre chose est un payement ordinaire, autre chose est la restitution d'un dépôt qui ne doit point être onéreuse au dépositaire, et qui, néanmoins, le deviendrait si, obligé de s'éloigner du lieu où le dépôt a été fait et d'emporter avec lui la chose déposée pour veiller à sa garde, il était obligé d'y rapporter cette chose pour la rendre au déposant. Ce qui nous embarrasse, c'est la rédaction de l'art. 1943, rédaction ambiguë sans doute, mais dont on ne peut se dissimuler que l'ambiguïté ne se prête assez naturellement à l'interprétation que lui donne Delvincourt; toutefois, on peut l'entendre aussi dans le sens de la loi romaine et de la doctrine de Pothier; et si l'on considère que rien, ni dans la discussion du conseil d'Etat, ni dans les discours des orateurs du gouvernement et du tribunat, n'annonce l'intention d'innover à l'ancienne doctrine sur ce point, on pensera peut-être avec nous que le code a entendu consacrer cette doctrine, d'autant qu'elle rentre parfaitement dans la nature du contrat de dépôt; que si en s'attachant plus à la lettre qu'à l'esprit de la loi, on pensait que l'art. 1943 impose au dépositaire l'obligation de rendre la chose déposée dans le lieu où le contrat s'est formé, il nous semble qu'une telle opinion, pour ne pas blesser les règles du dépôt et celles de l'équité, devrait admettre ce tempérament nécessaire, que le déposant serait tenu d'indemniser le dépositaire des frais de transport, toutes les fois que celui-ci n'aurait transporté la chose dans un autre lieu que pour mieux en assurer la conservation. Cette indemnité serait due non en vertu de l'art. 1942 qui n'a trait qu'au cas où le lieu de la restitution a été convenu, mais en vertu de l'art. 1947 qui met à la charge du déposant tous les frais que la chose déposée a occasionnés au dépositaire."

(1) *De benefic*, l. 4, n° 10.

la loi 12, § 1, D., *depositi*, et je n'y vois aucun inconvénient, puisque le dépositaire doit être entièrement indemnisé, et que surtout le péril de la chose passe sur la tête du déposant, aux risques duquel le transport sera fait (1). Néanmoins, le président Favre a repoussé avec force la partie de la loi précitée qui contient cette solution (2); il l'attribue à une falsification de Tribonien, toujours coupable à ses yeux de ce que n'admet pas sa raison ; il ne veut pas qu'on puisse exagérer les obligations du dépositaire, qui a rendu un service d'ami, et a droit à être traité avec reconnaissance et avec faveur. Mais j'avoue que je ne conçois pas comment le dépositaire serait fondé à se plaindre ici d'être soumis à des exigences aggravantes. Le président Favre oublie-t-il donc que le désir du déposant n'est pris en considération qu'à la condition que le dépositaire n'aura rien à souffrir en soins, risques et dépenses (3)?

170. 2° (4).

(1) Doneau, sur la loi *penult.*, C., *depositi*, n° 4.

(2) *Ration.* sur cette loi.

(3) *Junge* Duranton, tome XVIII, n° 67, et Duvergier, n° 489. Mais ils n'ont pas fait assez remarquer que la chose doit voyager aux risques du déposant.

(4) Add. Quid *s'il est convenu que le dépôt sera rendu en l'un de plusieurs lieux*?—Deleurie répond, n° 11441 : "Le choix appartient au dépositaire."

Dalloz, *Dépôt*, sect. 1, art. 2, n° 17, dit aussi : "Dans le cas où plusieurs endroits auraient été alternativement désignés, le choix appartiendrait au déposant ; c'est ce que décide la loi 5, ff. *depos., si de pluribus locis convenit, in arbitrio ejus est* (depositarii) *quo loco exhibeat*. Cette décision se justifie pleinement par le principe, qu'en général l'option appartient au débiteur, et par cette considération que, le dépôt étant gratuit, le dépositaire est le plus favorable des débiteurs."

FIN DU QUATORZIÈME VOLUME.

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE QUATORZIÈME VOLUME.

CONTINUATION DU LIVRE TROISIÈME